

# **SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD**

**CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS EFECTOS  
DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL  
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

**VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ**

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL  
SECCIÓ DE DRET ADMINISTRATIU  
UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO  
(RD 185/1985, DE 23 DE ENERO)**

**DIRECTOR  
DR. TOMÀS FONT I LLOVET  
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**1**

**PROGRAMA DE DOCTORADO  
DRET ADMINISTRATIU, BIENNI 1990-1991, 1991-1992**

**BARCELONA, 1996**

## 2.5.- La construcción de una nueva concepción del Estado y de la Administración pública desde un modelo autoritario: de la transición a la incorporación española en la Europa comunitaria

Con la muerte del General FRANCO y el acceso al trono del Rey JUAN CARLOS I se inician los importantes cambios políticos que desembocarían finalmente en un auténtico Estado de Derecho con la Constitución de 1978 <sup>261</sup>. La peculiar evolución del Estado franquista posibilita esta tránsito pacífico hacia un sistema democrático. Evolución que se gesta desde el mismo aparato del Estado y sin romper con la legalidad precedente, a través de la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977, diseñada por Torcuato FERNÁNDEZ-MIRANDA (la denominada 8ª Ley fundamental). El cambio político no supone, por tanto, prescindir en bloque de la legalidad anterior sino que procura integrarla en un nuevo ordenamiento constitucional, conforme a las nuevas exigencias de la sociedad española. Es por ello que la mayor parte del ordenamiento jurídico-administrativo permanecerá en vigor, si bien la nueva Constitución eliminará los aspectos contradictorios con el nuevo régimen de derechos y libertades. La ausencia de un marco legal actualizado, suplido por un conjunto de normas en su mayoría preconstitucionales, condicionará el estudio del Derecho administrativo, centrado más en temas de garantías que en el estudio de la organización y eficacia administrativa <sup>262</sup>. El nuevo régimen político se construirá sobre la base de una Administración pública fuertemente centralizada, que mantendrá intacta su base funcional <sup>263</sup>, si bien se abrirá a fenómeno de profunda transformación con la

---

<sup>261</sup> Si bien es cierto la existencia de ciertos intentos aperturistas, sobre todo a raíz del asesinato del General y Presidente del Gobierno CARRERO BLANCO, no será hasta la decisión del Rey de forzar la dimisión de ARIAS NAVARRO, el 1 de julio de 1976, cuando se "abre objetivamente la transición a la democracia". En este sentido *vid.* MORODO, Raúl: *La transición política*, Ed. Tecnos, Col. "Temas clave de la Constitución española", Madrid, 1985, p. 101. Ello no significa desconocer la existencia de diversos acontecimientos políticos anteriores que posibilitaron que ello fuera así.

<sup>262</sup> *Vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ed. INAP y BOE, Madrid, 1995, p. 20.

<sup>263</sup> "[...] el aparato político que impulsa estas reformas, tanto a nivel constitucional como legislativo o ejecutivo, ha de contar para su realización, con el propio aparato administrativo del período de la dictadura franquista. No se produce, así, en esta transición, ningún tipo de depuración ni en la Policía, ni en el Ejército, ni en la Magistratura, ni en los Altos Cuerpos burocráticos vinculados más estrechamente al poder franquista."

construcción del Estado autonómico y la nueva dimensión constitucional de los entes locales. Se eliminan, por tanto, los signos más notoriamente franquistas de las Administraciones públicas <sup>264</sup> pero las instituciones más importantes del Estado autoritario pasan intactas al sistema democrático.

La transición política coincide cronológicamente con un período de grave crisis económica a nivel internacional, surgida en el sector energético por la subida de los precios del petróleo. En el caso español esta situación se ve agravada por la política económica de los sucesivos gobiernos implicados, que parecen desconocer la crisis para evitar la impopularidad y resistencia social que hubieran dificultado el cambio de régimen <sup>265</sup>.

Las líneas maestras del nuevo Estado son fruto de decisiones y acuerdos previos a la propia Constitución de 1978, conformando una realidad que recogería posteriormente nuestro Texto constitucional <sup>266</sup>. Singular importancia en este contexto son los denominados Pactos de la Moncloa (8-27 de octubre de 1977), en la que los diversos partidos políticos, con representación parlamentaria, de acuerdo con el Presidente del Gobierno (Adolfo SUÁREZ) y otros miembros del mismo, sientan las bases de un consenso sobre diversas materias (saneamiento y reforma de la economía y actuación jurídica y política). La exigencia de garantizar determinados derechos y libertades (libertad de expresión, reunión y asociación, garantías contra las sanciones de orden público) provoca la adopción de importantes medidas jurídicas. En este sentido desaparecen los controles previos de corte autorizatorio para el ejercicio de estos derechos, substituyéndose por meras comunicaciones previas. Se produjo,

---

Vid. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: "El Estado y la reforma de la Administración" en TEZANOS, José Félix; COTARELO, Ramón; BLAS, Andrés de (Eds.): *La transición política española*, Ed. Sistema, Madrid, 1989, p. 680.

<sup>264</sup> Vid. PRAT I CATALÀ, Joan: "Administración pública y transición democrática" en *Pensamiento iberoamericano* 5b, enero-junio 1984, p. 450.

<sup>265</sup> Vid. PRATS I CATALÀ, Joan: "Administración pública y transición..." *op. cit.* p. 453.

<sup>266</sup> Vid. ARAGÓN REYES, Manuel: "Constitución y Estado de Derecho" en *España: un presente para el futuro*, vol. II, (Las instituciones), Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, p. 80.

como observó SALAS HERNÁNDEZ <sup>267</sup>, una desadministrativización de ciertos derechos y la correlativa intervención casi exclusiva de los Tribunales. Se articula asimismo un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre <sup>268</sup>. Con esta norma se elimina la denuncia de la mora para estos procedimientos en casos de silencio negativo, posibilitándose el acceso directo a los tribunales a los veinte días de la solicitud del interesado. En estos momentos el silencio administrativo aparece entre las diversas medidas adoptadas para el "establecimiento de un proceso judicial rápido para la tutela del ejercicio" de estos derechos <sup>269</sup>.

Estos importantes precedentes desembocaron en la elaboración de la Constitución de 1978, bajo cuya batuta se abriría un nuevo camino en la historia del Estado español. Entre las preocupaciones de los Constituyentes adquiere un papel relevante la Administración pública. Sin duda, ello fue así por la necesidad de consagrar definitivamente los esfuerzos iniciados por la Generación de la *RAP* para sujetar la actividad administrativa a la legalidad y al Derecho, afirmando plenamente la existencia de un Estado de Derecho. Testimonio de ello son los diversos preceptos que a la Administración dedica nuestro Texto Fundamental y que son fundamentalmente, desde la perspectiva de nuestro estudio: art. 103 (principios de organización y actividad), art. 105 (reserva de ley en materia de procedimiento administrativo), art. 106 (control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial), art. 132 (bienes públicos), art. 128 (actividad pública económica) y art. 149.1.18 (atribución al Estado de la competencia sobre las bases del régimen jurídico y del procedimiento administrativo

---

<sup>267</sup> Vid. "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo" en *REDA* 27, 1980, p. 553. También publicado en *Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, 1980.

<sup>268</sup> Sobre esta Ley vid. por todos SALAS HERNÁNDEZ, Javier; TORNOS MAS, Joaquín: "Comentarios a la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la personas" en *RAP* 93, septiembre-diciembre 1980, pp. 29 y ss, más recientemente CARRILLO, Marc: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Ed. BOE y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

<sup>269</sup> Vid. de esta forma el Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, aprobado el 27 de octubre de 1977 en el punto 6º del derecho de reunión. Vid. *Los Pactos de la Moncloa. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político*, Ed. Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977.

común). Normas que vendrían complementadas con un extenso reconocimiento de derechos y libertades, entre las que ocupa un lugar fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva.

El pleno control judicial a que se sometía la Administración pública, asegurado por el juego de los arts. 24 y 106, planteó singularmente el tema de la inactividad administrativa. En este sentido el Grupo Socialista formuló una enmienda al art. 104 del Anteproyecto de Constitución (en la actualidad se corresponde con el art. 106 de la CE) donde se establecía que los Tribunales "suplen la omisión de la actividad de la Administración cuando tal actividad sea obligada" <sup>270</sup>. La alternativa propuesta representaba como advirtió la doctrina una clara superioridad técnica frente al texto que acabó imponiéndose. Tal superioridad se concretaba en un mandato al juez para substituir a la Administración en casos de inactividad cuando ésta tuviera la obligación de actuar <sup>271</sup>. La originalidad de la propuesta residía fundamentalmente en esta posibilidad de sustitución y no, en cambio, respecto a la superación de la doctrina del acto previo que ya incluía el texto definitivamente aprobado <sup>272</sup>. Las razones por las que prosperó la enmienda quizás fueron debidas a un exceso de celo o prudencia de la mayoría que aprobó la redacción definitiva del precepto. Tal vez se pensó que a través de esta consagración expresa del control de la inconstitucionalización se llevarían

---

<sup>270</sup> Este tema fue objeto de un estudio específico de PAREJO ALFONSO, Luciano: "La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución" en *RAP* 84, septiembre-diciembre 1977, número homenaje a Eduardo García de Enterría, pp. 569-588.

<sup>271</sup> El que los Tribunales suplan la inactividad administrativa adquiere un significado distinto a la sustitución judicial de la actividad discrecional de la Administración, tema objeto de amplio debate en nuestra doctrina, según veremos ulteriormente.

<sup>272</sup> El profesor Luciano PAREJO ALFONSO se mostró muy crítico respecto a la redacción que acabó imponiéndose en el actual art. 106 CE. En esta línea señala que "[...] la prevista regulación constitucional constituye el marco adecuado [...] para la subsistencia de la vinculación del proceso contencioso-administrativo a la regla del *preàlable*, de la decisión previa. [...] En este punto, pues, el texto constitucional propuesto, lejos de representar un avance sobre la situación actual, significa una notoria regresión para con respecto a la misma." *Vid.* de este autor "La garantía jurisdiccional..." *op. cit.* pp. 574-575. Con todo la posterior interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 24 CE ha venido en gran parte a suplir las posibles objeciones entonces formuladas al art. 106.

hasta las últimas consecuencias los derechos sociales que implantó entonces la constitución<sup>273</sup>. De esta forma es probable que se quisiera evitar una excesiva rigidez de una norma de tal envergadura. A ello debe añadirse el carácter eminentemente técnico de la enmienda, motivo por el cual no debió constituir uno de los puntos que suscitara una defensa innegociable por los proponentes, todo ello dentro del marco del consenso constitucional. En cualquier caso, el hecho que no prosperara la enmienda no impedía que posteriormente volviera a plantearse la cuestión en la tramitación de una norma de rango superior, tal como realmente sucedió, según veremos posteriormente.

Los primeros gobiernos de la democracia, a la sazón de la UCD, pretendieron llevar a cabo un programa de reformas administrativas, en gran parte derivado de los Pactos de la Moncloa a los que nos hemos referido anteriormente. No obstante, tal programa quedó en gran parte incumplido<sup>274</sup>, por razones fundamentalmente políticas: "tras las elecciones de marzo de 1979, que abrieron un clima de más difícil consenso entre un Gobierno débil y una oposición fortalecida, los compromisos pactados fueron cayendo inexorablemente en la desatención y el olvido<sup>275</sup>." No obstante, se llevan a cabo determinadas medidas liberalizadoras, principalmente en el ámbito industrial<sup>276</sup>. El régimen autorizatorio se sustituye en determinadas actividades por una comunicación de un proyecto técnico redactado por técnicos competentes, fijándose un período de tiempo para que la Administración señale o pida las

---

<sup>273</sup> En este sentido algún autor ha señalado: "Basta preguntarse por la suerte práctica que correría un recurso contencioso-administrativo en el que se solicitase la condena de la Administración a procurar "una vivienda digna y adecuada" a un recurrente que careciese de ella. Quizás fuese esta la consideración realista que impidió que prosperase la enmienda, a pesar de que la doctrina administrativa nos ha mostrado en ocasiones la necesidad de disponer de instrumentos de lucha contra la pasividad administrativa, y de que hoy día es viable la acción declarativa contra la Administración al amparo de los arts. 28.2, 42 y 84.b de la Ley Jurisdiccional." *Vid.* GARRIDO FALLA, Fernando: "La posición constitucional de la Administración pública" en GARRIDO FALLA, Fernando; BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano; ENTRENA CUESTA, Rafael: *La Administración en la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 24-25.

<sup>274</sup> Así puede citarse el olvidado Proyecto de Ley de reforma del procedimiento administrativo presentado en la I Legislatura por el Gobierno de la UCD (BOCG-CD serie A, de 26 de octubre de 1981, 226-1).

<sup>275</sup> *Vid.* PRAT I CATALÀ, Joan: "Administración pública y transición..." *op. cit.* p. 454.

<sup>276</sup> Para un análisis del nuevo régimen introducido por el RD 2.135/1980, de 26 de septiembre, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: "Industria" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Derecho administrativo económico II*, Ed. La Ley, Madrid 1991, pág. 442-452.

declaraciones que considere oportunas. Transcurrido este plazo sin que el órgano competente no hubiera realizado ninguna manifestación, se entenderá que no hay inconvenientes por su parte para la ejecución del proyecto <sup>277</sup>. En el Preámbulo de una de estas normas se pone de relieve el alcance de las reformas introducidas <sup>278</sup>:

"La liberalización industrial viene enmarcada en la presente disposición, no sólo a través de la eliminación de la autorización administrativa previa para la mayoría de las industrias, sino lo que es más fundamental, de la eliminación de trámites, de tal forma, que la elaboración de un proyecto y la certificación por los técnicos competentes, conocidos por el Organo administrativo correspondiente, sean suficiente requisito para la puesta en funcionamiento de la industria, sin la necesidad de la previa comprobación administrativa de cada uno de los elementos establecidos por las normas vigentes. Con ello se consigue potenciar la participación de los técnicos competentes, tanto en cuanto a funciones como en cuanto a responsabilidad, puesto que la liberalización proyectada no prescinde como es lógico, de que la instalación industrial deba cumplir las normas de seguridad, protección del medio ambiente, calidad de procesos, etcétera, sino que tiene como idea básica el descargar a la Administración de trámites burocráticos en favor de la mayor agilidad de la instalación industrial que redunde, en última instancia, en beneficio del administrado."

El sistema administrativo cae durante estos años en una situación de descrédito, por lo que

---

<sup>277</sup> Vid. en esta línea: RD 2.135/1980, de 26 de septiembre, de liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias en general (BOE 247, de 14 de octubre de 1980); RD 2.738/1980, de 17 de octubre, de liberalización y de nueva regulación de las industrias agrarias (BOE 300, de 15 de diciembre de 1980); Orden de 19 de diciembre de 1980 que desarrolla el RD de 26 de septiembre de 1980, sobre liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias en general (BOE 308, de 24 de diciembre de 1980).

<sup>278</sup> Vid. el RD 2.135/1980, de 26 de septiembre, citado en la nota anterior.

la reforma del mismo será el *leitmotiv* de los programas electorales de los partidos políticos<sup>279</sup>. Con la llegada al poder de los socialistas, tales reformas parecen ser una prioridad, según se anuncia en el discurso de investidura del Presidente del Gobierno<sup>280</sup>. Lo cierto es que las mismas tardan en llegar centrándose, en la primera mitad de la década de los '80, en algunos aspectos organizativos y en temas de función pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto).

Los problemas de carácter jurisdiccional siguen centrando una atención preferente en las reformas legislativas que vienen a adaptar la legislación vigente al nuevo contexto constitucional. Un momento importante lo constituye la aprobación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En esta norma se contienen diversos preceptos que aluden al control jurisdiccional de la Administración pública. Son de gran interés, desde la perspectiva de este estudio, los precedentes parlamentarios. En éstos se encuentran algunas propuestas que hacen referencia expresa al tema de la inactividad administrativa. Concretamente el art. 8 del Proyecto de Ley orgánica establecía que: "Los Tribunales controlan, *sin excepciones*, la potestad reglamentaria, así como la actuación administrativa, juzgando de su legalidad y sometimiento a los fines que la justifican". Pero, es sobre todo el art. 36 del Proyecto donde se señala que: "En el orden administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a

---

<sup>279</sup> Son significativos determinados testimonios recogidos por Vicente María GONZÁLEZ-HABA GUIASADO: "Sebastián Martín-Retortillo, a la sazón ministro adjunto para la Administración Pública, declaraba el 25 de noviembre de 1980 al diario *Ya* lo siguiente: "La Administración es lenta, ineficaz, irresponsable, inhumana, cínica, arrogante e indisciplinada". Por su parte, el diario *El País*, en un editorial titulado "El cambio que se espera. Que el Estado funcione" y publicado el 23 de noviembre de 1982, afirmaba lo siguiente: "El futuro Gobierno socialista heredará, así, una Administración elefantiásica, cara, ineficiente, torpemente intervencionista, mal preparada para dirigir una sociedad industrial en tiempos de crisis y atrincherada tras gruesos muros de piedra insolidaria que la aíslan de unos administrados a los que ignora. Y en su reciente libro *¿Por qué no? Una propuesta catalana para la modernización del Estado*, Roca Junyent critica duramente a la Administración del Estado a la que acusa de que "es farragosa, cara, reiterativa y poco imaginativa; su actuación o está dirigida a controlar y limitarla acción de los particulares, o bien a sustituirla, pero casi nunca a ayudar o a servirla." Vid. "Los partidos políticos ante los funcionarios" en *DA* 198, abril-junio 1983, pp. 209-210.

<sup>280</sup> Así Felipe GONZÁLEZ afirma el 30 de noviembre de 1982 que "no es sólo la Justicia, sino toda la Administración la que requiere serias reformas" para librarla "de trabas heredadas, de procedimientos anticuados y de corruptelas poco tolerables, a fin de que se convierta en un eficaz ejemplo de servicio." Vid. GONZÁLEZ-HABA GUIASADO, Vicente-María: "Los partidos políticos..." *op. cit.*

disposiciones de carácter general, actos u *omisiones* de las Administraciones Públicas españolas. [...].” Se venía a reproducir en este momento el intento que formuló el Grupo socialista en el debate constituyente, si bien de una forma más limitada pues no hacía ninguna referencia a la posibilidad de que los jueces sustituyeran la inactividad administrativa <sup>281</sup>. Cabe advertir que en este momento las circunstancias eran del todo distintas: este Grupo parlamentario disponía ahora de la mayoría absoluta que le permitía cómoda y holgadamente aprobar la Ley orgánica, imponiendo el criterio que había mantenido anteriormente. Sin embargo, las propuestas formuladas a este respecto no llegan a buen puerto. Las razones de ello se encuentran en una no muy afortunada intervención del propio representante del Grupo parlamentario Socialista, el Sr. NAVARRETE MERINO, a la cual se une posteriormente un descuido en la redacción del texto final. Paradójicamente tal intervención no se produce al hilo de una enmienda formulada al art. 36 del Proyecto, sino por una "corrección terminológica (*sic*)" que introduce el diputado socialista sustituyendo la expresión "omisiones" por la de "actos expresos o tácitos" <sup>282</sup>. Corrección que fue aprobada por unanimidad por la Comisión de Justicia e Interior. Ello pese a que la doctrina había advertido nítidamente, según veremos más adelante, que los actos tácitos no constituían una forma de

---

<sup>281</sup> Así se señaló entonces que: "El actual Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial no incide de manera importante en la situación actual de la materia que nos ocupa. Hay, sin embargo, en su articulado, elementos importantes para contribuir a afirmar la interpretación correcta del carácter del acto previo y alejarse de los excesos que ha conducido. [...] Finalmente, el artículo 36, sin ánimo de modificar la situación vigente, ya que se está refiriendo a la extensión de la jurisdicción española en relación con los extranjeros, evidencia la posibilidad de acceso a los Tribunales en los supuestos de inactuación de la Administración." Vid. FERRET I JACAS, Joaquim: "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa" en DA 208, abril-diciembre 1986, p. 270. Trabajo publicado originariamente en lengua catalana en AA.VV.: *Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1985, p. 85.

<sup>282</sup> Vid. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados-Comisiones* 272, de 4 de marzo de 1985, p. 8.487: "El señor PRESIDENTE: [...] Entramos en el estudio del artículo 36. Este artículo no tiene una sola enmienda, pero al parecer sí que hay que hacer en él una corrección sobre la que me va a ilustrar el Diputado señor Navarrete, del Grupo Socialista, que puede hacer uso de la palabra. El señor NAVARRETE MERINO: Señor Presidente, aparte de que me considero incapaz de ilustrar a la Presidencia, lo que sí se puede quizá aclarar es que, como existen actos expresos o actos tácitos, convendría recoger a continuación de la palabra "actos" en el artículo 36 línea cuarta, las menciones a estas dos clases de actos. O sea, que diría "actos expresos o tácitos" desapareciendo "u omisiones"."

inactividad administrativa <sup>283</sup>. Lo más lamentable es que incluso desapareció, sin que se sepa realmente el porqué, la referencia a los "actos expresos o tácitos" quedando simplemente en el texto definitivo la expresión "actos" <sup>284</sup>. La explicación más pausable es que simplemente fue un descuido o error, no corregido <sup>285</sup>, en la publicación del texto. Quizás si se hubiera mantenido la expresión "actos expresos o tácitos" se hubiera podido realizar una interpretación flexible del precepto atendiendo a su sentido originario y prescindiendo de la falta de precisión terminológica.

El proceso descrito hasta ahora pone de relieve como el problema de la inactividad de la Administración pública era sentido esencialmente como una cuestión de control jurisdiccional. Esta reacción lógica trae causa en la necesidad de afirmar el Estado de Derecho, evitando que la Administración a través de actuaciones omisivas incumpliera la legalidad. Es posteriormente con el proceso de modernización y reforma procedimental que empieza en la segunda mitad de los años '80, cuando se empieza considerar el problema de la inactividad no solamente desde la perspectiva judicial, sino como la necesidad de dotar de instrumentos a la Administración para agilizar su actividad, en sus relaciones con los ciudadanos.

La puesta en marcha de este proceso tiene lugar con un acontecimiento de extraordinaria trascendencia: La incorporación del Estado español al proceso de construcción de la Europa comunitaria a partir del 1 de enero de 1986. En relación al problema de la inactividad un primer síntoma de estos cambios lo constituye el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, donde se prevé un

---

<sup>283</sup> Una crítica a la introducción de la expresión "acto tácito" en el Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial fue formulada por la profesora María Jesús MONTORO CHINER: "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional "versus" fracaso legislativo (Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de la inactividad administrativa y legislativa por la "muerte de los bosques" en la RFA)" en *RAP* 110, mayo-agosto 1986, p. 270.

<sup>284</sup> Ello sucede a partir del texto aprobado definitivamente por el Pleno. *Vid.* el *BOCG-CD*, Serie A, 118-III, de 8 de abril de 1985.

<sup>285</sup> Debe advertirse que a la publicación de la aprobación definitiva del Pleno, le sucedió una corrección de errores en la cual también consta únicamente la expresión actos. *Vid.* el *BOCG-CD*, Serie A, 118-III-1, de 3 de mayo de 1985.

régimen de silencio positivo para las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo. Se aprueba, por tanto, un importante paquete de medidas de diversa índole donde destaca la incorporación del silencio positivo en unos determinados procedimientos administrativos y el propósito de evitar trámites burocráticos innecesarios con la finalidad que puedan surgir, con la mayor premura posible, empresas competitivas en el nuevo mercado.

La agilidad en la tramitación viene dada por la supresión para estas licencias de la denuncia de la mora, al mismo tiempo que la previsión del silencio positivo evitaría a los particulares tener que acudir a los tribunales para ver reconocido su derecho. Sin embargo, la aplicación práctica de esta normativa, conocida como Real Decreto-Ley BOYER, ha sido calificada como "rarísima" <sup>286</sup>. En efecto, la jurisprudencia restringe considerablemente su ámbito de aplicación <sup>287</sup> excluyendo a las licencias municipales y autonómicas <sup>288</sup>, pese a la opinión

---

<sup>286</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "El tiempo en el procedimiento (silencio, prescripción...)" en *Ciudadanos y reforma administrativa. Jornadas celebradas los días 27 y 28 de junio de 1994, en la Sede de la Universidad en Getafe*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1995, p. 151.

<sup>287</sup> De diez sentencias que hemos localizado sobre la aplicación del régimen sobre licencias previsto en el Real Decreto-Ley Boyer en ningún caso los tribunales entienden que se ha producido el silencio positivo. Vid. STS de 27 de junio de 1989 (ref. Ar. 5544) (licencia municipal para explotación de una cantera); STS de 14 de diciembre de 1990 (ref. Ar. 9.970) (licencia para la instalación, apertura y funcionamiento del servicio de calefacción, agua caliente y tanque de 7.500 litros para almacenamiento de gasóleo tipo "C"); STS de 25 de abril de 1991 (ref. Ar. 3.083) (licencia para local destinado a sauna-bar); STS de 4 de marzo de 1992 (ref. Ar. 2.130) (licencia municipal de apertura de establecimiento de café-bar); STS de 13 de abril de 1993 (ref. Ar. 2.675) (licencia de actividad para Bar-Piscolabis); STS de 18 de mayo de 1993 (ref. Ar. 3.783) (licencia de establecimiento destinado a actividad de mesón-restaurante); STS de 14 de julio de 1993 (ref. Ar. 5.486) (licencia de establecimiento de óptica); STS de 2 de noviembre de 1993 (ref. Ar. 8.772) (licencia de apertura de farmacias); STS de 26 de octubre de 1994 (ref. Ar. 7.789) (licencia de apertura de farmacias); STS de 4 de abril de 1995 (ref. Ar. 2.940) (licencia de apertura de galería comercial y licencia de obras).

<sup>288</sup> Vid. la STS de 4 de marzo de 1992 (ref. Ar. 2130) (Licencia municipal de apertura de establecimiento de café-bar): "Sentado lo anterior, y rechazándose la pretensión actora de entender otorgada la licencia por silencio administrativo positivo según el Real Decreto Ley 1/1986 de 14 marzo (BOE 26-3-1986) sobre Política Económica, que la Sala entiende no es de aplicación al caso examinado al referirse a "licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo" de competencia estatal y no municipal o autonómica, dado el carácter de legislación básica que tiene conforme al art. 149.1.18 de la Constitución y que se ha de referir a la obtención de licencias o autorizaciones competencia de dicha Administración siendo de aplicación al caso examinado, como complementario y concurrente, no modificado, por dicho Real Decreto Ley, el Reglamento específico, es decir, el de Actividades Molestas,

sustentada por algunos autores <sup>289</sup>. Los tribunales prefirieron destacar la especialidad de los reglamentos dictados para el ámbito municipal (servicios y actividades molestas) frente al rango de ley de la nueva regulación. Además el Real Decreto-Ley BOYER si bien teóricamente aumenta los casos de silencio positivo no introduce novedades significativas respecto a su régimen jurídico, advirtiendo que, para que corra efectivamente el silencio, es preciso que "los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas se ajusten al Ordenamiento Jurídico" (art. 1). Exigencia que continuó propiciando una interpretación restrictiva del silencio, fundamentada especialmente en la primacía del elemento legalidad, según hemos visto anteriormente.

Esta reforma procedimental del año 1986 era, como decía el propio Real Decreto-Ley BOYER, meramente experimental. El art. 105 de la CE contiene, además de una reserva de ley, un mandato al legislador para regular el procedimiento administrativo. Este mandato constitucional y la reciente incorporación a la Europa comunitaria constituyen unos referentes ineludibles en el proceso de modernización administrativa. En este sentido el Ministerio ALMUNIA impulsa en 1986 un estudio denominado *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado* (Ed. MAP, Madrid, 1986). Se abandona el concepto de "reforma", substituyéndolo por el de "modernización" en un intento de ir más allá de las meras reformas normativas para asumir una nueva "cultura administrativa" <sup>290</sup>. Todo ello

---

Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y, por tanto, precisa la específica denuncia de mora prevista en el art. 33.4 de dicho Reglamento, con las modificaciones que para el Municipio de Madrid derivan del Decreto 840/1966 de 14 marzo."

<sup>289</sup> Así Manuel MARTÍNEZ BARGUEÑO: "*La aplicación del Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, a los expedientes afectados por el Decreto 2.414/1961, de 30 de noviembre, aprobatorio del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, está fuera de toda duda*, en virtud del principio de superior jerarquía, reforzado además por el carácter de legislación básica de procedimiento administrativo común que confiere a estas normas el artículo 5º del Real Decreto-Ley citado. Estarían, pues, tácitamente derogados tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, y en lo que se oponen a éste, los artículos 29 a 33 del Decreto de 2414/1961, de 30 de noviembre [...], cuyos expedientes deberán simplificar y agilizar sus trámites actuales para poder cumplir los plazos de resolución expresa, que no pueden ser ya superiores a dos meses." *Vid.* de este autor "Las medidas urgentes administrativas del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo" en *AA* 42, semana 10-16 de noviembre 1986, p. 2.365.

<sup>290</sup> Según las denominadas *Reflexiones*: "[...] denominamos al proceso en curso modernización y no reforma, para diferenciarlos de otros que, en el pasado, pretendían cambiar la realidad mediante la mera promulgación de leyes reformadoras. La experiencia muestra que dirigir un cambio social de la envergadura del presente,

dentro de un proceso paulatino, anunciado por el PSOE en 1988 a través del denominado *Programa 2000*: "[...] el gobierno socialista [...] ha renunciado de antemano a una reforma total optando por un planteamiento de reformas escalonadas." Asimismo, la participación del Estado español en diversos foros internacionales va poniendo cada vez más de relieve la necesidad de modernizar la Administración pública y alcanzar un aceptable nivel de homologación europea <sup>291</sup>.

La integración en Europa no es sólo una operación política y económica, sino ante todo una operación administrativa, puesto que las grandes decisiones en aquellas materias se toman a través de mecanismos administrativos <sup>292</sup>. En este punto se debe destacar una Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas 90/246/CEE, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (DOCE 141, de 2 de junio de 1990). En este texto se recomienda prestar una atención particular a una serie de puntos, entre los que destaca a nuestro propósito: "d) sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración, transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud."

Desde estas premisas se realizan una serie de estudios de evaluación organizativa realizada

---

requiere partir del análisis de los problemas y madurar soluciones alternativas, en contraste permanente con la realidad, de forma que la Administración Pública se integre activamente en el sistema social al que pertenece." Por su parte, una visión crítica sobre la modernización administrativa es planteada por el profesor Alejandro NIETO GARCÍA: "Hace veinte años se hablaba de "economía, celeridad y eficacia", ahora de "modernización". Simples modas, porque parece muy dudoso que los reformistas de hoy pretendan algo distinto que los de ayer, aunque las consignas sean diferentes." *Vid.* "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública: ¿Un problema pendiente? en *RVAP* 23, 1989, p. 125.

<sup>291</sup> Es significativo en este sentido el documento de la OCDE *La Administración al servicio del público*, Ed. MAP, Madrid, 1991.

<sup>292</sup> *Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública: ¿Un problema pendiente? en *RVAP* 23, enero-abril 1989, p. 131.

entre los funcionarios <sup>293</sup> y una serie de acuerdos <sup>294</sup>, que culminan en el Plan de Modernización de la Administración del Estado aprobado en abril de 1992. Es en este contexto que surge la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC) <sup>295</sup>. Con esta Ley se introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación <sup>296</sup>, al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio. La LRJPAC introduce como novedad la denominada certificación de acto presunto que no sólo sirve para acreditar la producción del silencio, sino que además constituye un requisito para su eficacia, por lo que se ha llegado a señalar que vendría a sustituir la denuncia de la mora prevista por la legislación sectorial. Se establece además un nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho en relación a los denominados actos presuntos para reforzar la posición del ciudadano afectado por la inactividad. Parece que la nueva Ley quiere romper con la jurisprudencia que venía predicando que la imposibilidad de adquirir por silencio facultades contrarias al ordenamiento jurídico. La LRJPAC establece finalmente una serie de reglas cuya concreción

---

<sup>293</sup> Vid. *Estudio Delphi sobre la modernización de la Administración pública*, Ed. MAP, Madrid, 1990.

<sup>294</sup> Así el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 1991, para el desarrollo de un Plan de Modernización de la Administración del Estado (publicado por el MAP, Madrid, 1991) y el Acuerdo Administración sindicatos para Modernizar la Administración y Mejorar las condiciones de Trabajo, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 3 de enero de 1992 (BOE de 21 de enero de 1992).

<sup>295</sup> Sobre el contexto en que surge la LRJPAC es imprescindible el excelente análisis de SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: "Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones públicas" en *RAP* 132, septiembre-diciembre 1993, pp. 41 y ss.

<sup>296</sup> Los supuestos de silencio positivo previstos en la LRJPAC pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- Solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo (art. 43.2.a).
- Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público (art. 43.2.b).
- En todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa (art. 43.2.c).
- Resolución de recursos administrativos cuando éstos se hayan interpuesto contra la desestimación presunta de una resolución por el transcurso del plazo (art. 43.3.b)
- Suspensión en vía de recurso de la ejecución de un acto administrativo si transcurridos treinta días desde que se solicitó no ha recaído resolución expresa (art. 111.4).

se realiza a través de un complejo proceso de adecuación de procedimientos <sup>297</sup>, previsto en la propia normativa e impulsado para la Administración del Estado a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 1993 <sup>298</sup>. Quedan, con todo, importantes proyectos que han quedado aparcados <sup>299</sup>, al menos momentáneamente, con el cambio de gobierno y de orientación política del nuevo gabinete AZNAR <sup>300</sup>. No obstante, el reto de construir una Administración pública adaptada a las nuevas exigencias de la sociedad continúa estando presente.

---

<sup>297</sup> Sobre la adecuación de procedimientos pueden destacarse los siguientes trabajos: BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: "Régimen jurídico, organización y procedimiento administrativo" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Anuario del Gobierno Local 1995*, Ed. Diputació de Barcelona y Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 195-215; HERRERA MOLINA, Pedro Manuel; SERRANO ANTÓN, Fernando: "El reglamento de procedimientos tributarios ¿adaptación o huida de la Ley de procedimiento administrativo común?" en *Impuestos* 19, 1993, pp. 70-83; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: "La adecuación de procedimientos a la LRJPC. En especial, la determinación del sentido del silencio (Una regulación del procedimiento administrativo poco común)" en *RAP* 138, septiembre-diciembre 1995, pp. 387-404.

<sup>298</sup> En el citado Acuerdo se establecían los siguientes criterios para llevar a cabo el mandato de la DA tercera de la LRJPAC en relación a la adecuación de procedimientos:

"1º. Reducción del número de las disposiciones reguladoras de los procedimientos administrativos, unificando las normas cuya naturaleza permita establecer una tramitación administrativa común, sin perjuicio de las especialidades que por razón del objeto del procedimiento sea preciso establecer en cada norma (órganos competentes, plazos, régimen de actos presuntos u otras).

2º. Aplicación estricta de la obligación de resolver expresamente los procedimientos administrativos, fijando en cada caso el plazo máximo de resolución y los efectos de los actos presuntos, con pleno respeto al principio general de eficacia estimatoria establecido en la Ley 30/1992.

3º Simplificación y agilización de trámites, y exigencia de determinar las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa."

<sup>299</sup> Debe destacarse singularmente el Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del cual la versión última es la publicada en el *BOCG-CD*, serie A, 3 de enero de 1996, 133-7. Este texto surgió de un Anteproyecto elaborado por una Comisión de expertos presidida por Jesús LEGUINA VILLA, donde se prevén específicamente mecanismos de control de la inactividad administrativa. También tiene cierto interés, si bien menor desde la perspectiva de nuestro estudio, el Proyecto de Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (*BOCG-CD*, serie A, 21 de octubre de 1995, 138-1) que alude en algún momento al tema de la simplificación de procedimientos.

<sup>300</sup> Cabe decir que en la IV legislatura se ha vuelto a reemprender la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa desde dos perspectivas: la primera con la presentación de una proposición de Ley que viene a reproducir el proyecto socialista caducado en la anterior legislatura (*BOCG-CD* serie B, 59-1, 4 de noviembre de 1996); y la segunda con la elaboración de un Anteproyecto de Ley jurisdiccional elaborado por el Gobierno Aznar de 10 de diciembre de 1996, acompañado de un Anteproyecto de reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial, que han sido sometido recientemente a dictamen del Consejo General del Poder Judicial.

Por su parte las CCAA están llevando una serie de acciones de modernización administrativa. No obstante, en su mayoría constituyen más bien un proyecto que una realización <sup>301</sup>. En esta panorámica sobresale, sin embargo, Cataluña, a través de los diversos estudios realizados por el Comité Asesor para el Estudio de la Organización de la Administración (desde el año 1993, se denomina Comité Director para la Organización de la Administración). Estudios que han culminado en diversas normas de gran trascendencia entre las que sobresalen la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización de la Administración de la Generalidad de Cataluña (DOGC 1234, de 22 de diciembre de 1989) y el Reglamento de actividades, obras y servicios de los entes locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio (DOGC 2066, de 23 de junio de 1995). Ambas normativas pueden considerarse pioneras: la una por establecer una ampliación del silencio positivo (que después fue recogida por la LRJPAC) y la otra por regular con carácter general la institución de la comunicación previa como mecanismo alternativo en determinados ámbitos al régimen del silencio positivo.

### 3.- Recapitulación: La creciente importancia del factor tiempo en la historia del Derecho administrativo a través de las diversas concepciones del Estado de Derecho

Las diversas etapas estudiadas a lo largo de este capítulo ponen en evidencia como el silencio administrativo no es un instrumento meramente técnico, indiferente a la evolución histórica, sino que su significado y función está estrechamente vinculado con el sistema jurídico vigente y con la importancia que se da al factor tiempo en cada momento histórico <sup>302</sup>. Así ya desde los inicios se constata una temprana y constante preocupación por el factor tiempo en el funcionamiento de nuestras Administraciones públicas. Esta preocupación responde

---

<sup>301</sup> *Vid. Autonomies. Revista catalana de Derecho público* 18, julio 1994, monográfico "La modernización administrativa en las comunidades autónomas", especialmente la introducción realizada por Joan SUBIRATS.

<sup>302</sup> Como certeramente ha señalado el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER-MORANT: "Podría pensarse que el silencio administrativo es una institución de carácter meramente técnico que, como tal, no guarda ninguna conexión con los valores y principios jurídicos imperantes en cada época. No es ésta, como ya se comprende, la tesis que aquí se sostiene; y si bien no puedo detenerme ahora en la evolución del silencio administrativo, sí será fácil mostrar la conexión indicada partiendo de la Constitución en la que se plasman los valores y principios inspiradores del sistema jurídico". *Vid.* de este autor "El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, monográfico "La inactividad administrativa", p. 82.

fundamentalmente durante largos períodos históricos a la necesidad de hacer funcionar una Administración pública en un Estado que entra en grave crisis durante el siglo XIX y que se ve incapaz de mantener su papel de antigua potencia mundial en el nuevo contexto europeo. Durante este período está presente la concepción francesa del *État legal*, como una forma de organización de los poderes del Estado y de afirmación de la supremacía del Poder legislativo. En este contexto el silencio administrativo no tendrá sus orígenes en la necesidad de garantizar derechos de los particulares, sino en la exigencia de evitar que, en determinados ámbitos, la inactividad administrativa genere perjuicios a la propia Administración y a los intereses que ella persigue. Se pretende evitar que queden abiertos indefinidamente pleitos contra el Estado y para ello la producción del silencio implica que puedan empezar a contarse los plazos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, generándose un acto firme. En la mayoría de los supuestos, sin embargo, la inexistencia de una regulación del silencio administrativo, produce constantes inhibiciones de los órganos jurisdiccionales que se declaran incompetentes, reenviando el pleito a la Administración pública hasta que ésta no finalice su procedimiento. Ello produce situaciones realmente alarmantes, de auténtica indefensión, en donde existen reclamaciones y procedimientos sustanciados ante la Administración durante largos períodos de tiempo, que llegan incluso treinta años después al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, la jurisprudencia española no asume un rol decisivo en el alumbramiento de nuevos mecanismos de control y de dinamización de la actividad administrativa. Al contrario queda estancada durante largos años en el estrecho margen de la Ley jurisdiccional de 13 de septiembre de 1888. Las sentencias y decisiones de los tribunales de lo contencioso van a remolque de un legislador que produjo durante el período de codificación unas leyes de compromiso que venían a asegurar el *status quo* de las clases dominantes. En este desolador panorama tiene cabida la recepción de las tesis germánicas del *Rechtsstaat* alemán, ya sea directamente ya sea a través de la decisiva influencia de los autores italianos del primer tercio de nuestro siglo.

Es fundamentalmente durante dos períodos autoritarios, las dictaduras de PRIMO DE

RIVERA y de FRANCO BAHAMONDE, que se perfilan los rasgos más característicos del silencio administrativo. Ambos períodos no suponen una ruptura del modelo de Estado y de Administración imperante en el Estado español durante largos períodos de tiempo, sino que llevan hasta sus últimas consecuencias los objetivos perseguidos por la oligarquía, sin los "estorbos" que propiciaba el régimen parlamentario liberal. La inexistencia y debilidad del parlamentarismo propicia la búsqueda de una legitimación del Poder en los órganos jurisdiccionales. Para ello hay que facilitar al máximo que los administrados puedan acceder a la jurisdicción y en este juego el silencio administrativo va adquiriendo sucesivamente un importante papel.

Durante estos períodos autoritarios se producen diversos intentos de establecer la técnica del silencio positivo. Estos intentos quedan, sin embargo, en su mayoría frustrados, bien porque se quedan en simples proyectos o bien porque cuando se convierten en normas positivas son objeto de un estrecho marcaje, como consecuencia de su interpretación jurisprudencial. A través de la misma se produce la absoluta inoperancia del silencio positivo, al mismo tiempo que introduce graves dosis de inseguridad en la relación particular-Administración pública. Por otra parte, no se articulan mecanismos efectivos de dinamización de la Administración pública. De esta forma los grandes propósitos reformadores, sin duda de gran mérito, quedan desvirtuados por la práctica diaria. A ello se une el hecho que la legislación general, de gran calidad técnica, no se corresponden con las leyes sectoriales ni con la actuación de las Administraciones públicas.

La transición española viene a situar el elemento garantista en el cénit que se venía persiguiendo desde los años 50. Así la CE incorpora en su articulado numerosas garantías y casi se viene a conseguir una consagración constitucional sobre el control de la inactividad administrativa. Con estos condicionamientos, el actual Estado social y democrático de Derecho se ve ante una mayor urgencia de adaptar el *tempo* de la Administración al nuevo contexto europeo, surgido con la incorporación del Estado español a la Unión europea. Sobre estas necesidades vamos a insistir en los apartados siguientes.

## II.- LOS NUEVOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

### 1.- La adecuación de la actividad administrativa a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho

Las profundas transformaciones que experimenta el Estado capitalista a partir del período de entreguerras comportan una profunda revisión del Estado de Derecho y de la actuación de los Poderes públicos. Este fenómeno tiene fundamentalmente sus causas, como es sabido, en la incapacidad del capitalismo para superar la crisis económica y en la falta de sensibilidad respecto a las exigencias planteadas por la clase obrera. Es por ello que los Estados occidentales recurren al intervencionismo del Estado y a la búsqueda de un nuevo modelo de justicia social, suavizando las duras aristas del capitalismo.

Surge, por tanto, el Estado social como el resultado de un proceso evolutivo del propio Estado de Derecho, destinado a asegurar las garantías jurídicas conseguidas frente a los regímenes totalitarios <sup>303</sup>, pero complementándolas con garantías materiales para hacerlas efectivas en amplios sectores de la población, obteniendo de esta forma su apoyo para afrontar la nueva situación económica existente. Por tanto, el Estado social no implica una renuncia a las conquistas logradas por el Estado de Derecho, sino un replanteamiento de las mismas para su mayor efectividad. Este nuevo modelo de Estado obtiene su primera consagración constitucional con la Ley fundamental de Bonn en 1949, siendo recogido en la mayoría de Textos constitucionales, - entre ellos el español (art. 1.1 CE) - <sup>304</sup>. En este

---

<sup>303</sup> Como es de sobras conocido la primera formulación jurídica precisa del Estado social aparece con el trabajo de H. HELLER bajo el título *¿Estado de Derecho o dictadura?*. Vid. al respecto PAREJO ALFONSO, Luciano: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 29.

<sup>304</sup> No es hasta la actual CE de 1978 que podemos hablar propiamente de Estado social. Existen, sin embargo, ciertos precedentes como es la Constitución republicana que hablaba de una República "de trabajadores de toda clase" y la Ley fundamental de sucesión en la Jefatura del Estado de 1947 que alude a un "Estado social católico y representativo". Respecto a la República este modelo fue frustrado, como es sabido, por la Guerra civil. Por su parte, la Ley fundamental de 1947 se inscribe dentro de un Estado autoritario, que

contexto constitucional siguen conservándose los viejos derechos de cuño liberal, si bien con importantes matices (así el derecho de propiedad que se subordina a la función social según el art. 33 de la CE), a la vez que aparecen nuevos derechos de contenido económico-social (en este sentido, por ejemplo, el derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social, entre otros). Pero, sobre todo, es la nueva dimensión del principio de igualdad, en su vertiente material, que impone la obligación a los Poderes públicos de corregir las desigualdades sociales. Desde esta nueva situación constitucional debe reconsiderarse el papel de la Administración pública y la necesaria respuesta a las necesidades ciudadanas en un tiempo adecuado.

Las consecuencias más llamativas del Estado social de Derecho son fundamentalmente: a) un mayor crecimiento de las estructuras y órganos estatales; b) una nueva distribución del poder entre los diversos órganos del Estado, saliendo considerablemente reforzado el Ejecutivo; c) un notable incremento de normativa y de regulación de la actividad privada; y d) una más intensa interpenetración entre Estado y sociedad. Todo ello no siempre se ha producido de una forma racional y estructurada, sino que en muchas ocasiones ha sido la respuesta a problemas que se han ido planteado sobre la marcha sin un modelo claro de respuesta. La falta de unas pautas precisas en la consecución de los objetivos del Estado social y la crisis económica, a raíz de la subida de los precios del petróleo en los años '70, llevaron a cuestionar las mismas bases del Estado social <sup>305</sup>.

Por lo que respecta al crecimiento de las estructuras y órganos estatales necesarios para llevar a cabo las nuevas exigencias de la sociedad, debe advertirse que estamos ante "un Estado

---

intenta legitimar su poder.

<sup>305</sup> Así, por ejemplo, se señaló que "la crisis no es sólo económica, ni financiera y que realmente lo que está en cuestión es el propio modelo de Estado e incluso, el modelo de sociedad o, si se quiere, un cierto tipo de civilización, consumista en lo económico y estatista en lo social, que todo lo fía, incluido, por supuesto, el mantenimiento del nivel mismo de consumo, en el Estado, bajo cuya responsabilidad van cayendo día a día nuevos servicios y nuevas prestaciones que antes encontraban satisfacción en el seno de la sociedad misma y que ahora ésta no quiera ya - o simplemente no puede - afrontar." *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Prólogo" al libro de SERRANO TRIANA, Adolfo: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado bienestar*, Ed. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, pp. 7-8.

estructuralmente distinto, redoblado en la intensidad de su poder, omnipresente, dotado de una organización y de una burocracia, de un aparato, como jamás se hubiera podido imaginar" <sup>306</sup>. Este espectacular incremento del aparato administrativo ha planteado, sin embargo, una serie de disfuncionalidades. En efecto, la división de los centros de decisión, fruto del reparto de competencias, comporta frecuentemente el alargamiento temporal de procedimientos y el retraso en la adopción de soluciones a los problemas planteados. Las causas son, en muchas ocasiones, la desconfianza mutua entre Administraciones de distinto nivel, cuyos dirigentes pertenecen a formaciones de signo político contrario y en igual o mayor medida la resistencia a abandonar el poder en manos de un sujeto público distinto. Por ello, quizás es explicable la opción de crear nuevos aparatos administrativos, a través de personificaciones jurídicas, antes que traspasar o delegar a Administraciones ya existentes <sup>307</sup>. Se impone, por tanto, una racionalización de este complejo de instancias burocráticas, planteando seriamente su supresión o profundizando en fórmulas organizativas de cooperación. Es por ello que se habla de la necesidad de una "ventanilla única" ante la cual el ciudadano pueda relacionarse. Esto es, la creación de un único interlocutor en el diálogo con el ciudadano, pese a la existencia de diversas Administraciones pública y centros de poder.

Este espectacular crecimiento del aparato organizativo del Estado pone de relieve el nuevo papel que adquiere el Ejecutivo dentro del clásico esquema de división o distribución de poderes. Entre las causas que han originado esta nueva situación adquiere un papel relevante el factor tiempo. Se advierte, en este sentido, la necesidad de adoptar decisiones sin lentas tramitaciones parlamentarias. Ello se produce, sobre todo, en sectores como el económico que exigen respuestas inmediatas para evitar fenómenos especulativos. A ello cabe añadir la

---

<sup>306</sup> Vid. GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Col. "Temas clave de la Constitución española", Madrid, 1990, p. 87.

<sup>307</sup> Sobre este fenómeno vid. por todos VADRÍ I FORTUNY, Maria Teresa; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "La normativa de la empresa pública de las Comunidades Autónomas: tendencias actuales" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Instituto García Oviedo y Civitas, Madrid, 1994, pp. 1.704-1.707.

falta de especialización de los parlamentarios en asuntos técnicos, a diferencia de lo que acontece con los diversos órganos de la Administración. De esta forma, suele hablarse del tránsito del Estado legislativo al Estado administrativo. Este desplazamiento de funciones hacia el Gobierno y la Administración, exige que ambos constituyan un "Ejecutivo fuerte", es decir dotado de amplios poderes de decisión y una gran independencia de actuación. Sin embargo, este "Ejecutivo fuerte" no puede concebirse, desde unas perspectivas democráticas, como un "Ejecutivo incontrolado" <sup>308</sup>. No obstante, este necesario control no debe pasar por su conversión en un "Ejecutivo débil", sino en la articulación de mecanismos jurídicos que permitan su correcta actuación en la consecución de los objetivos del Estado social.

Por otra parte, esta nueva distribución de poderes no se centra únicamente en el fortalecimiento del Ejecutivo frente al Legislativo. A veces y en sentido contrario, es el Legislativo quien realiza funciones típicamente administrativas, sustituyendo el acto administrativo por la Ley <sup>309</sup>. Tal situación se justifica en la finalidad de obviar obstáculos que han ralentizado la tramitación de procedimientos administrativos. Imaginemos situaciones en las que se produce una gran conflictividad social que impedirán una resolución rápida del procedimiento. Paradójicamente la Ley podría sustituir con mayor rapidez determinados tipos de procedimientos, dándoles además una seguridad jurídica al cerrar las puertas a eventuales y ulteriores conflictos. Por todo ello cabe hablar más que de un fortalecimiento del Ejecutivo en frente al Legislativo de un proceso de simbiosis entre ambos. Más que de una trilogía de poderes habría de hablarse de una polarización de los mismos en torno a dos ejes: por una parte el Ejecutivo y el Legislativo y por otra el Judicial <sup>310</sup>. Con todo debe tenerse en cuenta, además, la aparición de nuevos núcleos de poder que rebasan las propias estructuras del Estado (partidos políticos, sindicatos, organizaciones profesionales y

---

<sup>308</sup> Vid. DIAZ, Elías: "Ejecutivo fuerte y Ejecutivo incontrolado" en *Cuadernos para el diálogo* 35-36, agosto-septiembre de 1966, pp. 21-23.

<sup>309</sup> Sobre el tema y por todos vid. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Naturaleza jurídica de las leyes "ad hoc"*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1995.

<sup>310</sup> Vid. GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 61.

corporativas, etc.) que han llevado a hablar del "Estado de pluralidad de clases" <sup>311</sup>.

En cuanto al crecimiento de la actividad normativa, basta una breve ojeada en la actualidad a los boletines oficiales para constatar como la actividad más inverosímil, que pueda llevar a cabo cualquier ciudadano, ha sido regulada e intervenida, dotando de amplias potestades a nuestras Administraciones públicas <sup>312</sup>. Es por ello que la inactividad de la Administración supone en determinadas circunstancias una patología que pone, precisamente, en tela de juicio la consecución de los objetivos que marca el Texto fundamental. Al mismo tiempo la insuficiencia de medios que padecen nuestros poderes públicos, agravada por las diversas crisis económicas, ponen de relieve la imposibilidad de llevar a la práctica todos los mecanismos, con las debidas garantías, que exige nuestro ordenamiento para una defensa eficaz de los intereses generales <sup>313</sup>. Este fenómeno se ha visto agravado aún más con la incorporación, desde 1986, del Estado español al proceso de construcción europea. El desarrollo del Derecho comunitario ha comportado el efecto de reforzar la reglamentación y de intensificar la acción administrativa de los poderes públicos de los Estados miembros <sup>314</sup>. Todo ello dentro de un espacio comercial, extraordinariamente competitivo, donde las

---

<sup>311</sup> Vid. en este sentido el trabajo del profesor Massimo Severo GIANNINI: *El Poder público. Estados y Administraciones públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Para este autor el Estado es sólo uno de los distintos poderes públicos que coexiste con otras instancias de poder.

<sup>312</sup> Son bastante elocuentes las palabras del profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: "No es necesario realizar ningún estudio histórico erudito para constatar que múltiples actividades que en otro tiempo, incluso en el propio siglo XX, eran libres se encuentran hoy intervenidas en la forma descrita, mediante regulaciones de un grado de detalle progresivo: desde la conducción de vehículos hasta la tenencia de palomas mensajeras, pasando por el detalle de la fabricación de churros y patatas fritas (las referencias están en el *Boletín Oficial del Estado*, al alcance de cualquiera; no se trata de invenciones)." Vid. de este autor "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, p. 115.

<sup>313</sup> Es harto elocuente el título del minucioso y excelente trabajo de la profesora María Jesús MONTORO CHINER: "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional "versus" fracaso legislativo..." *op. cit.* pp. 263-365. Esta autora señala, en la p. 274, como: "El propio legislador induce en ocasiones a la pasividad administrativa, cuando precisamente la reserva de ley debería provocar una respuesta positiva en el actuar de la Administración."

<sup>314</sup> Vid. Commissariat Général du Plan: *Le pari de la responsabilité. Rapport de la commission Efficacité de l'Etat présidée par M. François de Closets*, La France, l'Europe. Xeme Plan 1989-1992, Ed. La Documentation Française, septiembre 1989, p. 74.

Administraciones trasladan sus ineficiencias a las empresas que buscan asegurarse determinadas cuotas de mercado. Por tanto, no solamente el sector privado debe adaptarse a las exigencias del nuevo contexto socio-económico, sino también y en mayor medida las Administraciones de cada Estado, quienes en definitiva son las encargadas de llevar a la práctica las políticas comunitarias <sup>315</sup>.

La dirección de la sociedad a través de mandatos normativos se revela, en este contexto, cada vez más ineficaz. La ingente producción legislativa y reglamentaria conduce a la parálisis administrativa <sup>316</sup>. Se produce, tal como se ha denominado, un déficit en la ejecución de las leyes. De tal forma que la Administración se ve cada vez más obligada bien a tolerar situaciones ilegales, dada su imposibilidad de controlar e intervenir todo aquello que debería hacer según el mandato del legislador, o bien a ralentizar el ritmo de la actividad privada, condicionando su competitividad. Por ello se habla de tender cada vez más a la "ejecución o aplicación selectiva" o "utilización o uso estratégico" del Derecho <sup>317</sup>.

En este sentido, se intenta "sustituir el reglamentismo estricto por un modelo de dirección

---

<sup>315</sup> Así se ha señalado que: "la globalización de los mercados y el desarrollo de espacios económicos y políticos internacionales comportan un nuevo concepto de consecuencias extraordinarias: la competencia entre sistemas nacionales (territorios) que incluyen, como un componente más, la eficacia y la eficiencia en sus administraciones". Vid. ECHEVARRÍA, Koldo; LOSADA, Carlos: *Institucions i mètodes per millorar el funcionament de l'Administració pública (Anàlisi comparada de les estratègies de modernització administrativa als Estats Units, França, el Regne Unit i Suècia)*, Ed. Comitè Assessor per a l'Estudi de l'Organització de l'Administració (Generalitat de Catalunya), Barcelona, 1993, p. 22.

<sup>316</sup> Así, por ejemplo: "Francia cada año produce una media de 100 leyes, 1.000 actos reglamentarios y 10.000 circulares. Descendiendo de nivel en la jerarquía de las normas, la producción normativa se multiplica por diez. El primer ministro en 1989 recordaba que existían 7.325 leyes y más de 350.000 textos reglamentarios en vigor, sin contar las decisiones y las circulares "cuyo número y variedad descorazonaban cualquier veleidad de censarlas". Vid. CLAISSE, Alain: "L'obiettivo della modernizzazione amministrativa in Francia: riconciliare Stato e società" en MÉNY, Yves; WRIGHT, Vicent (Eds.): *La riforma amministrativa in Europa*, Ed. Il Mulino, 1994, p. 86.

<sup>317</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: *Crisis y renovación en el Derecho público*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Col. "Cuadernos y debates" 30, Madrid, 1991, p. 27.

por objetivos" <sup>318</sup>. De esta forma se consigue un margen de discrecionalidad administrativa más amplio. En la actualidad después de décadas de "lucha contra las inmunidades del poder", según la feliz expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, estamos asistiendo a un fenómeno de reivindicación del poder discrecional de la Administración, que es un movimiento común en los países de nuestro entorno cultural <sup>319</sup>. La articulación de efectivos medios de control como reacción contra una Administración construida en períodos dictatoriales, se ha llevado a sus últimos extremos, en busca del "Estado de Derecho perfecto" donde la actividad discrecional era un poder vergonzante en manos de la Administración pública, que cabía combatir a toda costa. En este sentido una excesiva rigidificación de la actividad administrativa, sin casi márgenes de decisión, puede suponer quizás una forma de ralentización de la actividad administrativa <sup>320</sup>. Por consiguiente, se tiende a recuperar en su sentido justo el ámbito propio del poder discrecional de la Administración pública, sin que por ello deba recaerse en la arbitrariedad administrativa <sup>321</sup>. Como advierte BULLINGER "la administración puede, e incluso debe, obtener la flexibilidad imprescindible para cumplir la finalidad legal en la práctica diaria, es decir, debe

---

<sup>318</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control... op. cit.* p. 33. El concepto de Administración por objetivos surge a través de un estudio realizado por Edgar PISANI: "Amministrazione per obiettivi, amministrazione di gestione" en *Revue française de science politique* 1956, p. 315.

<sup>319</sup> Vid. en este sentido el estudio de BULLINGER, Martin: "La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial" en *La Ley* 1987, pp. 896-911. Un examen de Derecho comparado (Francia, Alemania, Italia, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Europea) es realizada entre nosotros por SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 36-90.

<sup>320</sup> Cuenta Laureano LÓPEZ RODÓ que: "En el reciente Congreso de Ciencias Administrativas celebrado en Madrid a principios de este mes, pude oír - y de boca de un francés, el senador M. Leo Hamon - esta sorprendente réplica de la división de poderes: "Il faut que le pouvoir pousse le pouvoir" frente a la célebre frase de Montesquieu: "Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir". Más que frenar al Poder, lo que hay que hacer es moverlo, empujarlo para que colme un ambicioso programa de realizaciones". Vid. de aquél autor "La reforma administrativa del Estado" en *Nuestro tiempo. Revista de cuestiones actuales*, 27, año III, septiembre 1956, p. 4.

<sup>321</sup> Desde esta perspectiva cobran una evidente actualidad las palabras del vetusto Reglamento del Ministerio de Gobernación de 14 de septiembre de 1872 (*Gaceta de Madrid* de 15 de septiembre de 1872): "[...] pero si es conveniente y aun indispensable no destruir totalmente el poder discrecional de las Autoridades administrativas, cabe exigir que su ejercicio no degeneren en arbitrario y caprichoso, y vaya siempre fundado en razones y motivos que alejen toda sospecha de favoritismo o parcialidad."

ser autorizada a decidir con discrecionalidad <sup>322</sup>."

Por ello debe plantearse en qué medida puede ser aceptable la existencia de un mayor o menor margen de discrecionalidad respecto al factor tiempo y a la inactividad administrativa. Debe apreciarse que en la actualidad el poder discrecional de la Administración sobre el aplazamiento *sine die* en la resolución de los procedimientos se ha ido acotando paulatinamente hasta el punto de haberse prohibido en los textos positivos (art. 89.4 de la LRJPAC), salvo supuestos tasados. Puede advertirse, no obstante, que los frecuentes incumplimientos de la norma, denunciados reiteradamente por la doctrina y diversas instituciones <sup>323</sup>, cuestionan la no existencia de una "discrecionalidad" impuesta por la realidad de los hechos <sup>324</sup>. Por otra parte, la Administración continúa reservando un amplio grado de discrecionalidad en la apertura y la tramitación de ciertos procedimientos administrativos. Piénsese especialmente en el primer caso, por su repercusión clara respecto al factor tiempo en la actuación administrativa, donde la Administración puede demorar indefinidamente la no apertura de procedimientos administrativos, especialmente los que deban de iniciarse de oficio.

Desde una perspectiva no meramente procedimental puede advertirse como precisamente la discrecionalidad se ha definido tradicionalmente como: "La autonomía jurídica de la Administración entendida como una potestad de decidir por sí misma si utiliza o no sus facultades y sus derechos para adoptar una determinada resolución <sup>325</sup>." Es decir, la posibilidad o no de actuar ha constituido un elemento central en la definición de la

---

<sup>322</sup> Vid. de este autor "La discrecionalidad..." *op. cit.* p. 904.

<sup>323</sup> Son muestra elocuente los informes del *Defensor del Pueblo* y sus homónimos en las CCAA en los que anualmente reflejan las quejas de los ciudadanos.

<sup>324</sup> Más adelante analizaremos el silencio administrativo como mecanismo alternativo al ejercicio de potestades administrativas y su eventual viabilidad jurídica.

<sup>325</sup> Vid. HAURIOU, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public français*, Ed. Sirey, 10ª edición, París, 1921, p. 346.

discrecionalidad <sup>326</sup>, hasta el punto de haberse recogido jurisprudencialmente <sup>327</sup>. En este sentido algunos autores, en la actualidad, hablan de "discrecionalidad de actuación" <sup>328</sup> y de "discrecionalidad de iniciativa" <sup>329</sup>. Por contra, cuando "la Administración no pueda elegir entre actuar o no actuar [...] no podrá hablarse de discrecionalidad <sup>330</sup>."

La función administrativa no es, en la actualidad, meramente la ejecución de la ley, sino que sobre todo consiste en la servicialidad del interés general. Así el enfoque del Derecho administrativo actual se polariza más en torno del binomio unión-interés que autoridad-libertad. El Estado social y democrático de Derecho comporta, por tanto, un nuevo modelo, "una concepción distinta de las relaciones Estado-sociedad" <sup>331</sup>. De esta forma, el interés general no se consigue exclusivamente con normativas minuciosas y controles preventivos. En la actualidad, pese a que la dogmática en la práctica sigue parecer insistiendo en ello, el Derecho administrativo no puede ser el mismo que el construido durante el Estado liberal. Por este motivo es urgente la búsqueda de un nuevo paradigma de Administración pública, así como de las reglas, públicas o privadas, que disciplinen su actividad.

---

<sup>326</sup> Así, por ejemplo, NIETO GARCÍA, Alejandro, señala que: "Los Tribunales contencioso-administrativo controlan únicamente la legalidad de los actos administrativos no su oportunidad, que corresponde valorar, de forma exclusiva, a la Administración; y discrecional es, para la Administración, decidir si va actuar o no." *Vid.* de este autor "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, pp. 31-32.

<sup>327</sup> *Vid.* la STS de 6 de diciembre de 1974 (ref. Ar. 4.831): "Que la discrecionalidad significa la posibilidad de ponderar la oportunidad o la conveniencia de actuar o no, en función del interés público [...]."

<sup>328</sup> *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Derecho general de la organización*, Ed. IEA, Madrid, 1971, pp. 258-259.

<sup>329</sup> En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa... op. cit.*, pp. 126-127. Según este autor dentro de este concepto se enmarca "la iniciativa para la realización de actividades y la prestación de servicios no previstos por las leyes y también de aquellos otros que las leyes prevén, incluso a veces con carácter obligatorio, pero dejando en manos de la Administración la elección del momento y el modo de la iniciativa."

<sup>330</sup> *Vid.* BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *El poder de sustitución de la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia e Interior, Col. "Monografías", Madrid, 1995. Especialmente, a los efectos que nos interesa el sugerente epígrafe "La obligación de cumplimiento: obligación y discrecionalidad son términos incompatibles entre sí", pp. 287-291.

<sup>331</sup> *Vid.* GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado español... op. cit.* p. 87.

Por último, cabe hacer mención al fenómeno que se ha producido con la aparición del Estado social, de una mayor interpenetración entre Estado y Sociedad <sup>332</sup>. Se suele señalar al respecto, que frente a una clara separación entre ambos en el Estado liberal-burgués, se ha venido a superar esta dicotomía con la aparición del Estado social. No obstante, como ha advertido claramente la doctrina, la extinción del viejo dogma liberal de separación entre Estado y Sociedad, constituye "un análisis relativamente precipitado" <sup>333</sup>. Ciertamente ha habido una mayor aproximación entre ambos, pero los mecanismos existentes son ciertamente imperfectos y en muchas ocasiones meramente formales, destinados simplemente a legitimar la adopción de ciertas decisiones. Falta, por tanto, profundizar más en la depuración técnica de estos mecanismos de interrelación y de colaboración entre Estado y sociedad. La colaboración mútua, desde ambas perspectivas, puede ser un importante elemento de dinamización de la toma de decisiones públicas y de su puesta en práctica. En este sentido algunos autores han propuesto la sustitución del control técnico realizado directamente por las Administraciones públicas por empresas privadas, sujetas a un riguroso régimen de responsabilidades. Correspondería a los entes públicos un control de segundo grado, sobre si las empresas privadas están ejerciendo correctamente este tipo de facultades <sup>334</sup>. Debe superarse, por tanto, la visión del ciudadano como la parte contraria a la que se enfrenta la Administración en una relación jurídica, y substituirse por el portador de unos intereses legítimos que coadyuva a la consecución del interés general.

Con todo, debe advertirse inmediatamente que el necesario perfeccionamiento de los mecanismos de interrelación entre Estado y sociedad no han de desembocar en una disolución

---

<sup>332</sup> Según la STC de 7 de junio de 1984: "La configuración del Estado como social de derecho - que está en el art. 1º de la Constitución -, viene así a culminar una evolución, en la que la consecución de los fines de interés general no es obtenida sólo por el Estado, sino que se armoniza con una acción mutua del Estado y de la sociedad."

<sup>333</sup> Vid. PORRAS NADALES, Antonio J.: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Ed. PPU, 1988, p. 26.

<sup>334</sup> En este sentido vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "Silencio positivo: una primera reflexión..." *op. cit.* p. 118.

de ambas realidades, objetivo que no puede derivarse sin más del Estado social <sup>335</sup>. De esta forma, algunos autores han llegado a hablar de la necesidad de restaurar o recuperar la línea divisoria entre Estado y sociedad <sup>336</sup>. Cabe hablar, por tanto, de una recuperación o recomposición de la distinción, más que de una separación entre Estado y Sociedad <sup>337</sup>. Ambas realidades deben colaborar, pero ello lo hacen desde su propia respectiva (la defensa del interés particular en un caso, la defensa del interés privado en el otro). Por este motivo, no se puede asimilar, sin más, cierta actividad privada como si fuera pública. Ello debe realizarse con una serie de garantías que preserven la consecución del interés general. En este panorama es necesario delimitar con la mayor claridad posible el ámbito propio del poder público y lo que puede ser realizado en su nombre por ciertos particulares <sup>338</sup>.

## 2.- La falsa dialéctica entre eficacia y garantías: huida del Derecho y ralentización de la actuación administrativa

La rigidez de la organización y de la actuación administrativa provocan, por tanto, una serie de disfuncionalidades en el proceso de adaptación de la Administración pública a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Disfuncionalidades que han provocado una crisis de legitimidad de la *puissance publique*. Así, la crítica de los modos de acción burocráticos provoca la contestación de las fronteras de la acción pública y de las

---

<sup>335</sup> Como destaca el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "El ideal del Estado social no es, frente a interpretaciones simplistas, la de un Estado que absorbe íntegramente la sociedad." Vid. de este autor: "Constitución, fundaciones y sociedad civil" en *RAP* 122, mayo-agosto 1990, p. 255.

<sup>336</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar" en *DA* 215, julio-septiembre 1988, monográfico bajo el título "El Gobierno: estudios", p. 83.

<sup>337</sup> Vid. ESTEVE PARDO, José: "La personalidad jurídica en el Derecho público y la dialéctica Estado-sociedad. Perspectiva histórica" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Instituto García Oviedo y Civitas, Madrid, 1994, p. 878.

<sup>338</sup> "Los problemas de delimitación, perfil y correlación no sólo se dan en la preservación de la sociedad civil y sus diversas materializaciones frente al Estado, sino también en el mantenimiento, frente a posibles corrientes relativizadoras, de la propia identidad de éste, de sus funciones y actividades genuinas y su tratamiento jurídico." Vid. ESTEVE PARDO, José: "La personalidad jurídica..." *op. cit.*

prerrogativas del Estado <sup>339</sup>. En este sentido es bastante expresivo el *leitmotiv* de las tesis liberal-conservadoras en el discurso tatcherista: "hacer retroceder las fronteras del Estado" (*roll back the frontiers of the State*). Si bien hemos de señalar inmediatamente que esta reconsideración de la presencia de lo público no es privativa de determinadas opciones políticas, puesto que también ha sido esgrimida desde otras posiciones e ideologías bien distintas <sup>340</sup>. Se produce, por tanto, una crisis del Estado del bienestar (*Welfare State*), propiciada por la situación económica actual, en la cual se ha agudizado la tendencia a trasladar a la iniciativa privada diversos servicios públicos. Así paradójicamente "la expansión de la acción administrativa lejos de llevar al desarrollo de modelos autoritarios y de una normativa basada sobre lo que se ha llamado poder de imperio, se funda en gran parte hoy sobre modelos privatistas" <sup>341</sup>.

Por tanto, puede observarse como en aras de la eficacia administrativa la Administración acude cotidianamente al ordenamiento privado en vez del público, en un fenómeno que ha sido descrito como "fuga del Derecho administrativo". Tal fenómeno quizás es, entre otras cosas, la constatación del "fracaso" de la regulación administrativa para dar una respuesta en un tiempo razonable a las demandas que exige la realidad, pero supone ciertamente una considerable disminución de las garantías ciudadanas. Por eso parece urgente la búsqueda de fórmulas más rápidas y flexibles dentro del propio Derecho administrativo capaces de satisfacer al ciudadano concebido ahora como un cliente y no como un mero administrado <sup>342</sup>, pero sin olvidar su carácter garantizador <sup>343</sup>. Ello no significa, empero, una defensa

---

<sup>339</sup> Vid. Commissariat Général du Plan: *Le pari de la responsabilité. Rapport de la commission Efficacité de l'Etat...* op. cit. p. 66.

<sup>340</sup> Así lo prueba por ejemplo en Francia la circular de M. Rocard sobre la renovación del sector público o el programa de Olof Palme en Suecia. Vid. ECHEVARRÍA, Koldo; LOSADA, Carlos: *Instituciones i mètodes...* op. cit. p. 27. Esta Carta-Circular del Primer Ministro francés a sus Ministros ha sido traducida por Antonio FANLO LORAS y publicada en la *RAP* 116, mayo-agosto 1988, pp. 449 y ss.

<sup>341</sup> Vid. SEPE, Onorato: "Nuevas tendencias hacia la eficiencia en el Estado Social" en *DA* 151, enero-febrero 1973, pp. 10-11.

<sup>342</sup> Según Carles BOIX: "La propuesta de introducir el concepto de cliente no ha de evocar necesariamente una estrategia de "privatización" o desregulación de servicios públicos - aunque tampoco la excluya. La concepción del usuario (ya sea un sujeto privado u otra unidad administrativa) puede llevar, como se examina

irreductible del Derecho administrativo <sup>344</sup> y la descalificación del proceso de "privatización", en el sentido de acudir al Derecho privado, de la Administración pública <sup>345</sup>. En todo caso el marco jurídico vigente el Derecho administrativo será de aplicación necesaria en aquellos casos donde la Administración ejerza *puissance publique* <sup>346</sup>. Por

---

más adelante, a introducir una estructura competitiva dentro de la Administración Pública, a fin de estimular la actividad administrativa y su orientación prestadora de servicios y resolver las ineficiencias de un modelo de control jerárquico basado en reglas procedimentales." *Vid.* de este autor "Hacia una Administración Pública eficaz: Modelo institucional y cultura profesional en la prestación de servicios públicos" en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 1, septiembre/diciembre 1994, p. 26.

<sup>343</sup> Son significativas las palabras del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "Una realidad a la que hay que referir también la creciente huida, siempre so pretexto de lograr una mayor eficacia en los resultados, hacia fórmulas organizativas y de gestión de carácter privado de muchas funciones de rigurosa naturaleza pública. ¿Se ha reparado, al menos mínimamente, en la reducción que ello supone en el sistema de garantías de los administrados? ¿Se ha pensado en las consecuencias efectivas de esta privatización de funciones inequívocamente públicas? ¿No resultaría más razonable incidir, e incidir de verdad, en los procedimientos administrativos, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida económica, que no relegarlos al cajón de los trastos viejos, manteniendo exigencias de peticiones, de plazos para que se entiendan desestimadas por silencio, de recursos previos y de posteriores impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el régimen general establecido al efecto? ¿Es que alguien mínimamente en sus cabales puede entender que éste es el cauce jurídico adecuado para afrontar la ordenación de la realidad económica?" *Vid.* de este autor el "Prólogo" a MALARET I GARCIA, Elisenda: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Ed. Civitas y Escola d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1991, p. 20.

<sup>344</sup> Así se ha llegado a fundamentar la existencia de una reserva de Derecho administrativo derivada de la CE frente al fenómeno de la "huida" del Derecho administrativo, que se considera incluso una "huida" de todo Derecho. *Vid.* en este sentido a SAZ CORDERO, Silvia del: "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional" en CHINCHILLA MARÍN, Carmen; LOZANO CUTANDA, Blanca; SAZ CORDERO, Silvia del: *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas y UNED, Madrid, 1992, especialmente pp. 172-195. Se insiste y profundiza en esta tendencia en un trabajo de la misma autora con el significativo título de "La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas" en *RAP* 133, enero-abril 1994, pp. 57-98.

<sup>345</sup> En este punto entendemos que el Derecho administrativo es un episodio más dentro de un largo proceso histórico en la lucha contra el poder como ha resaltado el profesor Alejandro NIETO GARCÍA en: "El Derecho como límite del poder en la Edad Media" en *RAP* 91. Especialmente son impactantes las palabras con que el citado autor nos ilustra en la p. 8 de este trabajo: "En un momento bien conocido, Europa produjo un subsistema social, conocido con el nombre de Derecho administrativo, que aparentemente no tiene pasado y del que no es aventurado predecir que desaparecerá quizá pronto - las grietas del subsuelo son ya visibles en la superficie -, arrastrado por la sociedad tecnológica de masas o, posiblemente también, por la barbarie. Pero el Derecho administrativo no es más que un episodio de una constante milenaria: la lucha del individuo (sea ciudadano o siervo) y de las colectividades (sean tribales, estamentales, o cívicas) contra las extralimitaciones de un poder que él mismo ha engendrado y aceptado."

<sup>346</sup> *Vid.* MALARET I GARCIA, Elisenda: *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 79-87.

tanto, en estos supuestos no deviene válida la opción por el Derecho privado y en los restantes, donde no ejerza *puissance publique*, será necesario quizás replantear el Derecho administrativo si quiere ser un instrumento válido para regular tales actuaciones administrativas.

Toda esta nueva realidad obliga a replantear el papel que la Administración pública debe tener para satisfacer eficazmente los intereses públicos: ¿Ha de estar omnipresente en cualquier ámbito y preparada a poner en práctica todo el instrumentario que le otorga el ordenamiento jurídico o debe dosificar esfuerzos seleccionando qué técnicas utiliza sin adoptar por ello un papel pasivo? Ciertamente la realidad y la lógica parecen exigir esta última solución. Ahora bien, ello supone un esfuerzo de administradores y juristas en depurar viejos instrumentos, contruidos en pleno Estado liberal, y adaptar estas técnicas a la nueva situación que vivimos.

Esta tendencia a la cual debemos orientarnos puede describirse como el necesario tránsito "de una Administración expansiva a una Administración equilibrada" <sup>347</sup>. La clave parece estar en encontrar un equilibrio entre un Estado abstencionista y Estado omnipresente. Ello puede conseguirse en base a una mayor corresponsabilidad e implicación de la sociedad civil en las tareas públicas, fenómeno al cual hemos aludido en el apartado anterior. Por tanto, Administración y ciudadanos deben aunar esfuerzos en la búsqueda del interés general. De no hacerlo así se corre el riesgo de perder el control de la nueva realidad que van imponiendo los últimos acontecimientos económicos y sociales. Ello requiere una mayor apertura de la Administración hacia los ciudadanos implicándolos en un proyecto común.

Este reequilibrio entre Estado-sociedad debe enfocarse no sólo desde una mayor o menor presencia del Estado, sino además en la propia forma de actuación. Debe advertirse como las conquistas del Estado de Derecho, pese a su gran valor para las garantías ciudadanas, han supuesto paradójicamente una ralentización del ritmo de actuación de las Administraciones

---

<sup>347</sup> Vid. ECHEVARRÍA, Koldo; LOSADA, Carlos: *Institucions i mètodes...* op. cit. p. 149.

públicas <sup>348</sup>. Piénsese que "la progresiva construcción de un Estado Social de Derecho ha puesto necesariamente en cuestión el modelo garantista de Administración Pública <sup>349</sup>." Ciertamente el Derecho y sus técnicas tienden más a "facilitar el control y la garantía que a propiciar la eficacia que depende de otras técnicas e instrumentos <sup>350</sup>." No obstante, la eficacia sin ningún tipo de control, sin límites jurídicos, facilita la arbitrariedad, el uso incontrolado del dinero público y supone poder prescindir de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados. Por otra parte, las garantías a toda costa suponen el retraso, la ineficacia y la paralización de la Administración pública. Se impone, por tanto, un difícil equilibrio entre eficacia y garantías para intentar acelerar la actuación de la Administración pública sin descuidar por ello los derechos de los ciudadanos <sup>351</sup>. Así, como ha dicho magistralmente el profesor Alejandro NIETO GARCÍA <sup>352</sup>: "se trata de saber en qué punto de las coordenadas administrativas se cruzan las líneas de la máxima eficacia y la máxima juricidad." O, en definitiva, según la feliz expresión del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER "el adecuado engarce entre actuación y control", es decir "esos sutiles mecanismos que sólo los sistemas jurídicos muy avanzados logran ofrecer, para asegurar la veta garantista y controladora, sí, pero sin mengua de la inaplazable actividad y

---

<sup>348</sup> Este extremo es puesto significativamente de relieve por Charles DEBBASCH: "Le temps et l'Administration: vers une chrono-administration?" en *Revue française d'Administration publique* 23, julio-septiembre 1982. En la p. 483 este autor advierte como "[...] esta tentativa de aceleración del curso del tiempo administrativo en favor de los ciudadanos está contrabalanceado por una tendencia contraria. Más en el hecho de pesar sobre la Administración la obligación de consultar a los administrados o a los grupos organizados antes de tomar una decisión, más en ralentizar los procedimientos administrativos."

<sup>349</sup> Vid. BOIX, Carles: "Hacia una Administración Pública eficaz..." *op. cit.* p. 22.

<sup>350</sup> Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 13, septiembre-diciembre 1992, p. 33.

<sup>351</sup> En este punto el art. 74.2 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad, nos parece el paradigma a seguir. Según este precepto: "Los trámites administrativos se han de simplificar al máximo, preservando, en cualquier caso, las garantías y los derechos de defensa de los administrados."

<sup>352</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas" ... *op. cit.* p. 82.

de la inexcusable eficacia" <sup>353</sup>.

El Derecho administrativo no debe limitarse a ser un instrumento destinado únicamente a combatir la actividad de la Administración pública, sino también capaz de instrumentar mecanismos adecuados para llevar a cabo los fines que le encomienda el ordenamiento. Tal y como ha puesto de relieve el profesor SÁNCHEZ MORÓN <sup>354</sup>: "[...] tan nociva para ésta - para la sociedad, para los ciudadanos - es el autoritarismo administrativo, el abuso de poder o la falta de garantías individuales, como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración" <sup>355</sup>. La línea a seguir estriba en promover e intentar conseguir la "buena administración" a través de respuestas ágiles y lo más rápido posible a las necesidades que los ciudadanos demandan de la Administración pública.

Las necesarias garantías no puede hacernos olvidar que ni la Administración debe realizar las funciones de los tribunales, ni éstos deben proceder a suplantar a aquélla <sup>356</sup>. Es en este sentido que el Estado social de Derecho obliga a reconsiderar la existencia de una constante procesalización del procedimiento administrativo sin duda propiciada y reforzada por el art. 24 de la CE <sup>357</sup>. Así muchos procedimientos administrativos en aras de una mayor garantía

---

<sup>353</sup> Vid. de este autor "Nota preliminar" a WEIL, Prosper: *Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, reimpresión de la 1ª edición de 1986, 1994, p. 16.

<sup>354</sup> Vid. de este autor *Discrecionalidad... op. cit.* p. 102.

<sup>355</sup> Algunos autores consideran incluso más perjudicial la ineficacia. Vid. en este sentido a LÓPEZ RODÓ, Laureano: "La reforma administrativa..." *op. cit.*, p. 4, cuando señala: "Produce mayor perturbación y malestar social la ineficacia de la Administración que su misma ilegalidad. Un acto administrativo ilegal da lugar a menos críticas que el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos."

<sup>356</sup> En este punto cobran especial trascendencia las palabras de Adolfo MERKL: "Contra esa exigencia del derecho natural, que pretende la equiparación más extremada de la administración y la justicia mediante la recepción progresiva de los procedimientos propios de ésta última, la exigencia actual es la del mayor distanciamiento posible de la administración respecto de la justicia, lo cual se consigue con la implantación o mantenimiento de un derecho procesal administrativo adaptado a las necesidades especiales de la administración y, por lo mismo, diferenciado necesaria y profundamente del derecho procesal judicial." Vid. de este autor *Teoría General del Derecho administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 285.

<sup>357</sup> Este proceso es bastante acusado en el ámbito sancionador de la Administración pública donde el TC ha extendido las garantías procesales de la CE, desde la STC 18/1981, de 6 de junio. Este fenómeno ha llevado a José GARBERÍ LLOBREGAT a señalar que: "[...] desde la óptica administrativa, la mimética positivización

de los ciudadanos se jurisdiccionalizan cada vez más, exigiendo a menudo más trámites al mismo tiempo que se establecen minuciosos plazos para su cumplimiento <sup>358</sup>. La mentalidad del jurista acostumbrado a los procesos judiciales y de formación fundamentalmente civilista ha influido, sin duda, en esta traslación. Como reacción a este enquistamiento del procedimiento administrativo pueden encontrarse ciertas orientaciones dirigidas a la simplificación del procedimiento <sup>359</sup>. Se trata en definitiva de buscar "un nuevo enfoque de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración inspirado, en gran medida, por la necesidad de ampliar y reforzar las garantías de los ciudadanos para la resolución justa y pronta de sus asuntos" <sup>360</sup>. Ya que si bien es necesaria la existencia de garantías, también es necesario que la Administración concentre sus energías en un examen y estudio del

---

llevada a cabo por la LRJPAC de la antes aludida jurisprudencia del TC, ha provocado la creación de un procedimiento sancionador "pseudojurisdiccional" e "hipergarantista" que, precisamente por estas circunstancias, quizás pueda verse inmerso a corto plazo en la ciénaga de la lentitud y de la ineficacia que en la actualidad aquejan a nuestra Justicia penal." *Vid.* de este autor *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993) (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 54. En el resto de procedimientos administrativos no sancionadores se ha mostrado proclive a la traslación de todas las garantías de defensa derivadas del 24 CE, el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su trabajo: "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo" en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ed.): *Gobierno y Administración en la Constitución*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 101-123.

<sup>358</sup> Así el profesor Alejandro NIETO GARCÍA señala como: "Los viejos y justamente denostados procedimientos administrativos siguen en vigor, retrasando la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas; aunque importa reconocer que buena parte de la culpa proviene de la negligencia del legislador, que no permite otra cosa, y de sus exagerados escrúpulos por garantizar formalmente los derechos de los ciudadanos sin tener en cuenta las pérdidas de tiempo." *Vid.* de este autor "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública: ¿Un problema pendiente?" en *RVAP* 23, 1989, pp. 129-130.

<sup>359</sup> Así en el Preámbulo del RD, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se señala: "El procedimiento establecido en el Reglamento pretende simplificar los trámites que lo integran sin que ello implique merma alguna de los derechos reconocidos al presunto responsable. Así, la reducción de los documentos acusatorios a uno, es un paso en esa dirección. Tanto más necesario cuando se persigue un desarrollo ágil del procedimiento ajustado a los plazos que se establezcan. En esta misma línea argumental inspira la posibilidad de que el infractor reconozca voluntariamente su responsabilidad y, cuando las sanciones sean pecuniarias, de que su pago voluntario ponga fin al procedimiento o se establezcan reducciones en su cuantía cuando así esté previsto en las correspondientes disposiciones."

<sup>360</sup> *Vid.* la Exposición de Motivos del RD 448/1995, de 24 de marzo, por el que se modifica determinados artículos del Reglamento General de Recaudación, del RD por el que se reglamenta el recurso de reposición previo al económico-administrativo y del RD por el que se desarrolla determinadas directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación (BOE 74, de 28 de marzo de 1995).

expediente, todo ello dentro de un plazo razonable para el ciudadano <sup>361</sup>.

Un ejemplo de esta problemática lo constituye la necesidad o no de separar las fases de instrucción y resolución del procedimiento encomendándolas a órganos jerárquicos distintos, de forma similar a como sucede en el proceso penal (STC 145/1988, de 12 de julio). Evitando además que el instructor no quede sometido a las instrucciones jerárquicas del órgano que resuelve. Ahora bien la jurisprudencia constitucional entiende que no es trasladable la exigencia de esta separación al funcionamiento de la Administración pública (STC 76/1990, de 26 de abril) <sup>362</sup>. No obstante, esto se ha exigido legalmente en algún tipo de procedimiento. Nosotros consideramos que si bien en determinados procedimientos administrativos es conveniente establecer cierta separación entre la instrucción y la resolución, en otro tipo de procedimientos quizás la tendencia debiera ser la contraria, dotando de una autonomía funcional suficiente a los órganos competentes, responsabilizando a los agentes de la propia Administración <sup>363</sup>.

Al mismo tiempo el "exceso" de garantías lleva a la paradoja de que para adaptar las soluciones más simples y del más puro sentido común deban procederse a complejas operaciones en la toma de la correspondiente decisión, mientras que las "magníficas ataduras del Estado de Derecho no alcanzan a las grandes decisiones que más afectan a los

---

<sup>361</sup> Son significativas las palabras de César Vicente LÓPEZ LÓPEZ, recogidas por GONZÁLEZ NAVARRO, respecto a lo que puede durar un procedimiento tipo sólo con aplicar lo que resulta de la LRJPAC: "Al realizar el cómputo del tiempo no se han considerado los plazos que normalmente se pueden solapar y con todo resulta una duración de 154 días hábiles lo que supone un plazo normal de seis meses. *De todos estos días sólo se dedican al estudio y a la reflexión interna por parte del órgano gestor, 19 días, lo que significa un 12 por 100 del tiempo total y el resto, un 88 por 100, se dedica a garantías.*" Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 619.

<sup>362</sup> Sobre el tema *vid.* por todos TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *Derecho administrativo sancionador: Materiales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, donde se recogen las diversas opiniones doctrinales al respecto.

<sup>363</sup> En este sentido *vid.* LE GARREC, Jean: "Efficacité et démocratie administratives" en *Revue français d'Administration publique* 45, enero-marzo 1988, número monográfico dedicado a "La maladministration", p. 73.

ciudadanos" <sup>364</sup>.

Por otra parte, el elemento humano que integra la Administración, los funcionarios, se ha visto sometidos a este creciente magma de normas y procedimientos, cada vez de mayor complejidad, sin poder dar una respuesta satisfactoria y rápida. El excesivo reglamentismo conduce a que el funcionario esté más preocupado del cumplimiento de la norma y la elusión de responsabilidades que de la satisfacción del interés general <sup>365</sup>. Tradicionalmente los autores y la jurisprudencia han considerado que la ineficacia administrativa se produce como consecuencia de la pereza y lentitud de los funcionarios <sup>366</sup>, sin quizás reparar en que la problemática es mucho más amplia <sup>367</sup>. No bastan los incentivos tradicionales, como el sueldo y la disciplina, para motivar a los funcionarios, pues el "éxito ofrece pocas

---

<sup>364</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *La organización del desgobierno... op. cit.* p. 148.

<sup>365</sup> Así NIETO GARCÍA cita las teorías de VON MISES según la cual: "El funcionario debía atender originariamente a la satisfacción de las necesidades comunes; pero cuando sus obligaciones se reglamentaron, esta atención directa de las necesidades comunes pasó a segundo plano, suplantada por otra más urgente - o que, en cualquier caso, era susceptible de mayor control y responsabilidad - el cumplimiento escrupuloso de los reglamentos y procedimientos, aunque de ello no se dedujese necesariamente una mejora del bien común." Vid. de este autor "El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas" ... *op. cit.* p. 79.

<sup>366</sup> Un ejemplo significativo de esta tendencia es la STS de 12 de diciembre de 1963 (ref. Ar. 5.289) según la cual "[...] es extraño y anómalo que por negligencia del funcionario en resolver se entienda que se ha accedido a la petición [...]." También es bastante ilustrativa la STS de 5 de junio de 1972 (ref. Ar. 3.119): "[...] la teoría del silencio positivo, por diferentes motivaciones, debe ser objeto de una interpretación estricta, para evitar que más allá de lo debido, se consumen situaciones que pueden contrariar el interés público, sólo por obra de la pasividad y negligencia de los funcionarios, de la burocracia." En el mismo sentido la STS de 17 de diciembre de 1981 (ref. Ar. 5.429): "[...] el silencio administrativo positivo es excepcional, por lo que hace es conceder a la actuación de un particular, los privilegios y características del acto administrativo, debido al descuido o negligencia de un funcionario de la Administración [...]." O en términos más rotundos la STS de 21 de julio de 1987 (ref. Ar. 7.548): "[...] dado el alto riesgo que para los intereses generales representa una visión automática de esta institución al poder conseguirse mediante la misma algo nada conveniente para estos intereses, sólo por la desidia de un funcionario o, lo que es algo peor, por su confabulación con determinados intereses particulares [...]."

<sup>367</sup> Así son bastante elocuentes las palabras del *Creating a Government that Works Better & Costs Less, From Red Tape to Results, Report of the National Performance Review, Vice President Al Gore*, Washington, 1993. Existe una versión en castellano publicada por el IVAP-HAEE, Vitoria-Gasteiz, 1994: "El problema no está en que la gente sea vaga e incompetente; la burocracia y el reglamento son tan agobiantes que ahogan hasta el más pequeño brote de creatividad. Nadie ofrecería a un hombre que se está ahogando un vaso de agua. Y sin embargo, durante más de una década, hemos ido añadiendo burocracia a un sistema que ya estaba bastante asfixiado por ella."

recompensas y el fracaso pocas penalizaciones." Por tanto se impone una transformación del modelo actual de función pública y de su régimen jurídico <sup>368</sup>. Advertiéndose la complejidad que cada vez más va adquiriendo la problemática del empleo público. De tal forma que se produce un fenómeno bastante preocupante advertido por CASSESE en Italia y que es extrapolable también al ámbito español: la mitad de los asuntos que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa es relativa a temas de personal <sup>369</sup>. Los funcionarios tienden, además, a confundir sus propios problemas, de carácter sindical o corporativo, con los principales problemas que debe resolver la Administración para la consecución del interés general <sup>370</sup>. La consecuencia que se desprende es bastante evidente: una mayor sobrevaloración de los aspectos ocupacionales, respecto a aquellos funcionales <sup>371</sup>. El resultado no puede ser más preocupante puesto que la Administración está más atareada resolviendo cuestiones que podríamos calificar como "domésticas" en vez de centrarse en las finalidades que toda esta maquinaria debe perseguir, esto es los intereses generales.

En la actualidad la legislación parece tender hacia un modelo donde predomina la "laboralización" del empleo público. Las causas de este fenómeno son, sin duda, la rigidez de un régimen estatutario pensado para proteger a los funcionarios de las arbitrariedades políticas y no para mejorar la productividad y la eficacia de las Administraciones en las que

---

<sup>368</sup> Según NIETO GARCÍA, Alejandro: "[...] lo que es claro es que con la Función Pública actual no hay Administración eficaz posible; y sin una Administración mínimamente eficaz, no hay Estado digno de tal nombre; y sin Estado - al menos en el momento histórico en que nos encontramos - no hay sistema social internamente viable ni europeamente homologable." *Vid.* de este autor "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública..." *op. cit.* p. 135.

<sup>369</sup> La relevancia de los asuntos de personal respecto al número de casos que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa han sido estudiados por Luis MARTÍN REBOLLO: "Antecedentes, justificación y contenido básico de la proyectada reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Anuario del Gobierno Local 1995*, Instituto de Derecho Público, Ed. Marcial Pons y Diputació de Barcelona, Madrid, 1995, pp. 119-123.

<sup>370</sup> *Vid.* la introducción de Joan PRATS I CATALÀ al libro de Michel CROZIER: *No se cambia la sociedad por decreto (On ne change pas la société par décret)*, Ed. INAP, Madrid, 1984, p. 2.

<sup>371</sup> *Vid.* CASSESE, Sabino: *Le basi del diritto amministrativo*, Ed. Einaudi, Col. "Scientifica", nueva edición, Torino, 1991, p. 184.

se integran <sup>372</sup>. Sin rechazar *a priori* tal solución consideramos que no estamos ante un remedio taumatúrgico y que el problema de la inactividad no se soluciona simplemente por Decreto <sup>373</sup>, sino que impone un cambio de mentalidades y un planteamiento global, no centrado exclusivamente en tipificar infracciones disciplinarias. Además, debe señalarse que el fenómeno de "privatización" o de "laboralización" se está introduciendo en diversas Administraciones del Estado español sin diferenciar entre funciones de gestión, de carácter más económico y empresarial, y funciones de autoridad o *imperium*, de carácter eminentemente administrativo <sup>374</sup>, a diferencia de otros procesos de reforma realizados en países próximos de nuestro entorno cultural <sup>375</sup>. Esta indiferenciación del binomino gestión-autoridad plantea una serie de disfuncionalidades que tal vez acaben repercutiendo sobre la propia eficacia de la organización administrativa.

---

<sup>372</sup> Para un examen específico de las causas de la "laboralización" del empleo público italiano *vid.* CASSESE, Sabino; DELL'ARINGA, Carlo; SALVEMANI, Maria Teresa (Eds.): *Pubblico impiego. Le ragioni di una riforma*, Ed. Cofindustria y SIPI, Col. "studi e ricerche", Roma, 1991.

<sup>373</sup> Es bastante expresivo al respecto el título del trabajo de Michel CROZIER: *No se cambia la sociedad por decreto... op. cit.*

<sup>374</sup> Ejemplos significativos de esta tendencia pueden encontrarse en la Administración instrumental del Estado (las Autoridades portuarias de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante) y en la Administración instrumental autonómica (Junta de Residuos y Junta de Saneamientos dependientes del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Catalunya). Una crítica de la atribución de funciones de autoridad a estos entes formados exclusivamente por personal laboral en AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Civitas y Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 114-117. Asimismo el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona tiene en curso de publicación un libro colectivo surgido del seminario de profesores donde se analizan diversas Administraciones instrumentales en las que se ha producido este fenómeno y las disfuncionalidades que ello comporta.

<sup>375</sup> En este sentido se pronuncia en 1979 el famoso *Rapporto Giannini*. Esta propuesta se fundamenta en que la relación de servicio en el empleo público y privado es la misma. Únicamente cabe encontrar como diferencia entre ambas categorías jurídicas el que algunos de los empleados públicos añaden a su relación de servicio una relación de *uffici*, es decir que son el elemento personal a través del cual se materializa el ejercicio de las potestades administrativas. Por esta razón consideraba GIANNINI que la alternativa de la privatización debe conservar, en todo caso, como relación de empleo de Derecho público aquella a la cual tal ejercicio es o puede ser confiado, esto es a los actuales directivos y dirigentes. *Vid.* GIANNINI, Massimo Severo: "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" en *Foro Italiano* 1979, V (*monografie e varietà*), pp. 289-314. De esta forma el art. 2 de la Ley italiana 421/1992, de 23 de octubre de delegación al Gobierno para la realización y la revisión de la disciplina en materia de sanidad, de empleo público, de seguridad social y de haciendas territoriales, excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a aquellos empleados a los que se refería el *Rapporto Giannini*.

Por consiguiente la cuestión fundamental no deviene exclusivamente en cambiar todo el régimen jurídico que regula la relación funcionarial sino en "responsabilizar a los agentes públicos del resultado de sus actividades" <sup>376</sup>. Ello difícilmente podrá conseguirse con la fijación de plazos rígidos para la tramitación de los procedimientos tras los cuales se origina sistemáticamente el silencio positivo y la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria o remoción del puesto de trabajo tal como ha configurado la LRJPAC en 1992. Esta situación puede crear una cierta situación de desánimo en el funcionario público la cual puede incidir a la vez de forma negativa para el particular. Así en lugar de estimular a aquél a resolver conforme a Derecho las solicitudes de los interesados, probablemente opte, en muchas ocasiones, por orientar su actuación a evitar que su inactividad genere la estimación de cualquier solicitud privada, dictando resoluciones denegatorias en base a un formulario estereotipado, sin atender las peculiaridades del caso concreto. El funcionario preferirá esta última opción antes que iniciar un procedimiento de revisión de oficio con toda la complejidad que ello comporta: dictamen del Consejo de Estado o de los órganos consultivos equivalentes de las Comunidades Autónomas (art. 102 LRJPAC). De esta forma, se contribuirá, una vez más, a proyectar al ciudadano irremediabilmente a la esfera jurisdiccional.

### 3.- El principio de eficacia y la exigencia de celeridad en la actuación de la Administración pública

Para la consecución del objetivo de la Administración pública, el servir el interés general, debe traerse especialmente a colación los principios informadores de la actuación administrativa que enumera el art. 103.1 de la CE, especialmente el de eficacia <sup>377</sup>. Este

---

<sup>376</sup> Vid. ECHEBARRÍA, Koldo; LOSADA, Carlos: *Institucions i mètodes...* op. cit. p. 155. Estos autores proponen una serie de medidas como fomentar la creación de un colectivo de directivos profesionales, desarrollar las habilidades directivas de los altos cargos, introducir sistemas de evaluación del ejercicio del cargo e introducción de la remuneración ligada al rendimiento.

<sup>377</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública" en *DA* 218-219, abril-septiembre 1989, (II, Administración y Constitución: el principio de eficacia), pp. 15-65. Recientemente de este autor vid. *Eficacia y Administración...* op. cit. Específicamente sobre la inclusión de la celeridad del procedimiento administrativo en el principio de eficacia vid.

principio presenta una doble vertiente: supone un criterio de legitimidad de la Administración pública y también constituye un límite a determinado tipo de actuaciones administrativas. En cuanto criterio legitimador constituye el fundamento en el que se apoyan numerosas normas jurídicas al otorgar medios jurídicos y materiales para servir el interés general <sup>378</sup>. Pero al mismo tiempo la implantación de este principio constitucional rechaza las actuaciones ineficaces, imponiendo un mandato a la Administración de orientar su actividad a su superación y erradicación.

El contenido del principio de eficacia ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, sistematizada por PAREJO ALFONSO <sup>379</sup>, en los puntos que resumiríamos de la siguiente forma: a) consagra un bien o interés jurídico integrado en el orden constitucional material de valores y principios, incluidos los superiores; b) tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, por lo que su concreción queda remitida al legislador; c) se traduce en un deber jurídico a cargo de cada una de las Administraciones públicas; d) el contenido alcanza en todo caso a la organización misma de la Administración y al régimen jurídico determinante del estatuto general de la Administración en cuanto poder público.

Al concepto de eficacia debe añadirse el de eficiencia, cuya construcción dogmática se

---

BACIGALUPO SAGGESÉ, Mariano: "El factor tiempo en el procedimiento administrativo desde la óptica del Derecho comparado, en particular del Derecho alemán" en AA.VV.: *Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, IV Jornadas sobre régimen jurídico de las Corporaciones locales, 3 al 5 de diciembre de 1992, Torremolinos (Malaga)*, Ed. CEMCI, Granada, s/f.

<sup>378</sup> Así en algunos casos ha servido de fundamento a la atribución de determinadas potestades administrativas. En este sentido la STC 77/1983, de 3 de octubre (Aviso de bomba al Gobierno Civil de Cádiz) justifica la existencia de un *ius puniendi* ejercido por la Administración y no por los jueces, entre otras razones, por "la conveniencia de dotar una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos". En línea similar, en relación a la inviolabilidad de domicilio y la autorización judicial (art. 18.2 LOPJ) se señala en la STC de 23 de febrero de 1995 que "este precepto pretende conciliar la inviolabilidad de domicilio y la eficacia de la actividad administrativa, exigible también constitucionalmente (art. 103)".

<sup>379</sup> Vid. de este autor "La eficacia como principio jurídico..." *op. cit.* pp. 22-25.

formula desde la teoría económica <sup>380</sup>, siendo incorporado al Derecho a través de diversas normas jurídicas <sup>381</sup>. En una formulación amplia la eficacia supondría la idoneidad de los medios empleados en relación a los fines perseguidos, es decir que atiende al resultado de la actividad. En cambio, la eficiencia implicaría que en igualdad de medios idóneos se utiliza el que menos costes genere. La eficiencia sería, por consiguiente, una especie de la eficacia <sup>382</sup>. Es decir, aquella eficacia que se consigue al menor coste posible. En el caso del art. 103.1 de la CE esta eficacia comprende también la exigencia de eficiencia, dados los objetivos que persigue la actuación de la Administración, el servir el interés general, el cual se presta a través de la ejecución de programas de gasto público.

A objeto de nuestro estudio se plantea si la exigencia de celeridad en la actuación de la Administración pública puede incluirse en el principio de eficacia al que alude la CE. Como hemos visto tal principio tiene un contenido amplio que fijará el legislador <sup>383</sup> y que alcanzará al régimen jurídico de la Administración en cuanto poder público. Debe señalarse que el legislador ordinario recogió el principio de celeridad en la actuación administrativa en la LPA de 1958. Concretamente su art. 29.1 señalaba que: "La actuación administrativa

---

<sup>380</sup> Como ha advertido Albert CALSAMIGLIA, la construcción y depuración del concepto de eficiencia es una de las aportaciones realizadas por la teoría económica. *Vid.* de este autor "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación" en DA 218-219 (II. Administración y Constitución: el principio de eficacia), abril-septiembre de 1989, p. 115.

<sup>381</sup> Como es sabido este criterio de actuación ha sido consagrado constitucionalmente por el art. 31.2 de nuestro Texto fundamental: "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los  *criterios de eficiencia y economía* (la cursiva es nuestra)." Asimismo es recogido por la legislación reguladora del Tribunal de Cuentas, como advierte el profesor Luciano PAREJO ALFONSO: *Eficacia y Administración... op. cit.* pp. 101-102.

<sup>382</sup> Para PAREJO ALFONSO, Luciano: "La eficiencia puede definirse como subespecie de la eficacia que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio que se emplee para la fijación de la relación óptima". *Vid.* de este autor "La eficacia como principio jurídico..." *op. cit.* p. 19.

<sup>383</sup> Según la STC 22/1984, de 17 de febrero, el reconocimiento constitucional del principio de eficacia significa "una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto a aquellas normas, medios o instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia."

se desarrollará con arreglo a las normas de economía, celeridad y eficacia" <sup>384</sup>. Parece, en este caso, que el legislador distingue entre celeridad y eficacia como dos principios diferentes, si bien conexos y complementarios. En la actualidad la LRJPAC si bien en los principios generales (art. 3) no habla expresamente de la celeridad, si lo hace de una forma clara al regular la ordenación del procedimiento en su art. 74 ("El procedimiento, sometido al criterio de celeridad...") y como enunciado del art. 75 <sup>385</sup>. Además el citado art. 3 recoge tanto el principio de eficacia (apartado 1) como el criterio de eficiencia (apartado 2), en los cuales podría incluirse la exigencia de celeridad administrativa.

En todo caso, la celeridad puede afectar tanto a la eficacia en su sentido más amplio como sobre todo a la eficacia en cuanto incluye también la eficiencia <sup>386</sup>. Así, por ejemplo, cabe pensar en que una actuación extemporánea de la Administración puede ser inidónea para conseguir el objetivo perseguido. Imaginemos un procedimiento sancionador que se prolonga excesivamente en el tiempo, ocasionándose la prescripción. Esta prescripción evitará que la Administración pueda ser eficaz, en cuanto conseguir el resultado perseguido: sancionar al infractor. Por su parte cuando queremos conseguir un objetivo determinado (eficacia) con el mínimo coste, debemos hacerlo en el tiempo más rápido posible <sup>387</sup>. Parece claro que

---

<sup>384</sup> Vid. asimismo el art. 74 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña: "La tramitación administrativa se ha de llevar a cabo de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia y eficiencia, que han de presidir las actuaciones que esta Ley establece."

<sup>385</sup> En cambio, para BACIGALUPO SAGGESE, la celeridad ha desaparecido del texto legal: "Por el contrario, ya no se recoge expresamente tal principio de celeridad en la nueva Ley, recientemente aprobada y que motiva el presente trabajo, la de *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Efectivamente, en su art. 3, relativo a los "Principios Generales", sólo figuran los "principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación" (en el párrafo primero que transcribe el tenor literal del artículo 103.1 CE) y, por lo demás, se mencionan los "criterios de eficiencia y de servicios a los ciudadanos" (en el párrafo segundo), sin que se aluda explícitamente a un principio o criterio de celeridad." Vid. de este autor "El factor tiempo en el procedimiento administrativo..." *op. cit.*

<sup>386</sup> En otro sentido vid. BACIGALUPO SAGGESE, Mariano: "El factor tiempo en el procedimiento administrativo..." *op. cit.*

<sup>387</sup> Así COSCULLUELA MONTANER, Luis: "Debe destacarse que el principio de eficiencia comprende también los de celeridad y economía, que, resaltados por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, no han sido sin embargo, destacados por la nueva Ley. No obstante, la celeridad referida a los tiempos empleados

cuanto mayor número de expedientes pueda examinar la Administración generará menos costes. Si bien, debe señalarse a continuación que puede verse reducido el tiempo de análisis y estudio, con lo cual la resolución podría no ser adecuada a los objetivos perseguidos. Por tanto, debe conjugarse tanto la celeridad en la actuación como la consecución de los objetivos perseguidos, si se quiere hablar de eficiencia.

En la actualidad surgen algunas tendencias proclives a explicitar de una forma más clara y contundente en Textos constitucionales la importancia del tiempo y la exigencia de celeridad en la actuación de la Administración pública. Debe aludirse, en esta línea, al "Proyecto finalizado sobre la organización y sobre el funcionamiento de la Administración pública para la reforma de la Constitución presentado a la Comisión Bicameral el 2 de marzo de 1993 y elaborado por un grupo de prestigiosos estudiosos, coordinados por el profesor CASSESE<sup>388</sup>. Así se establecía como norma constitucional que: "Los procedimientos deben concluirse, dentro de plazos congruentes, con resoluciones expresas. Deben ser asegurados los remedios substitutivos en caso de inercia de la Administración"<sup>389</sup>. La oportunidad de constitucionalizar algunos principios constitucionales sobre la actividad y el procedimiento administrativo, como el que se examina ahora, responde como advierte CHITI, a conseguir una aplicación general a las diversas Administraciones, una mayor capacidad de influenciar

---

en la ejecución de una función o prestación de un servicio es obligada para toda organización cuya actividad está presidida por los principios de eficacia y eficiencia. En este sentido y siempre que se considere que la celeridad no puede afectar a la calidad de la actividad o del servicio realizado, puede significarse que cualquier plazo impuesto a la Administración para el desarrollo de una acción concreta tiene el carácter de máximo, a menos que expresamente se disponga lo contrario por otro orden de razones, como son los supuestos en que el plazo implique una garantía par (*sic*) el administrado." *Vid.* de este autor "La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y los efectos de la misma" en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (et al.): *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Carperi, Madrid, 1993, p. 48.

<sup>388</sup> El texto completo del mismo, con un estudio preliminar del propio CASSESE: "La riforma amministrativa nel quadro della riforma istituzionale", puede consultarse en *Foro italiano* 1993, V, pp. 254-261. Da noticia en nuestro país BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: "Anotaciones a una propuesta de reforma de la Constitución italiana (En torno al libro *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la costituente*, dirigido por S. CASSESE y A. G. ARABIA) en *RAP* 136, enero-abril 1995.

<sup>389</sup> Un estudio específico de la inactividad en relación al denominado Proyecto CASSESE puede encontrarse en PARISIO, Vera: "Inerzia della pubblica amministrazione e riforma della Costituzione: Primi brevissimi spunti di riflessione" en *Il Foro amministrativo*, diciembre 1993, pp. 2.603-2.613.

los procesos actuativos de los mismos procesos y una limitación de los poderes de apreciación de los jueces <sup>390</sup>. No obstante, quizás sea peligroso cristalizar en reglas rígidas la forma de actuación de la Administración pública <sup>391</sup>. Con todo, estas tentativas de gran interés no han encontrado todavía un refrendo por el Poder constituyente. En el caso español la constitucionalización del procedimiento administrativo (art. 105.c) CE) se centró exclusivamente en el acto administrativo, sin tener en cuenta que el procedimiento no conduce exclusivamente en la producción de actos administrativos, con lo cual se dejaba fuera todo el tratamiento de la inactividad y el factor tiempo en la tramitación <sup>392</sup>. Por estos motivos nuestro examen habrá de centrarse en principios de carácter más genérico, como es la propia eficacia de la Administración pública.

La inclusión de la celeridad dentro del principio de eficacia en la actuación de la Administración pública supone un "mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar "de acuerdo" con él" (STC 178/1989, de 2 de noviembre). El problema jurídico consiste en cómo se hace efectivo este mandato constitucional. Como ha señalado VILLAR ROJAS <sup>393</sup>: "la eficacia es un valor jurídico que sólo se puede exigir una vez que el

---

<sup>390</sup> Vid. CHITI, Mario: "L'attività, il procedimento e i controlli" en CASSESE, Sabino; ARABIA, Aida Giulia (Eds.): *L'Amministrazione e la Costituzione, proposte per la Costituente*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1993, pp. 32-33.

<sup>391</sup> Vid. PARISIO, Vera: "Inerzia della pubblica amministrazione e riforma della Costituzione: primi brevissimi spunti di riflessione" en *Foro amministrativo* 1993, p. 2.608, nota 18.

<sup>392</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Ed. Akal, Madrid, 1984, p. 273, donde reproduce una intervención en la que defendía una enmienda al actual art. 105.c) CE: "[...] no deja de producir una cierta sorpresa la restricción con que el texto que nos ha enviado el Congreso se produce a la hora de constitucionalizar el procedimiento administrativo, porque se habla del procedimiento a través del cual los actos administrativos deben producirse. Es decir, como si el procedimiento administrativo abocara siempre, se agotara, condujera solamente a la producción de actos administrativos.

Así está, por ejemplo, toda la importancia de lo procedimental para la actuación interna de la Administración pública. Ahí está todo el tema de los servicios públicos que se prestan genéricamente. Ahí está también por otro lado, los intentos de superar las inactividades de la Administración. Ahí está ese funcionamiento del aparato administrativo que se ha concretado en una inactividad. Hay, si, procedimiento administrativo, pero no ha habido acto administrativo."

<sup>393</sup> Vid. de este autor *Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 363-364.

legislador ordinario haya fijado su contenido, con la única excepción de aquellos supuestos en que la actuación pública sea manifiestamente ineficaz por irrazonable - aunque esto determinaría el juego de la responsabilidad de los poderes públicos-."

Por tanto, la exigencia directa del principio de eficacia podrá realizarse en aquellos casos en los cuales la actuación administrativa se muestre claramente ineficaz o inidónea a los objetivos perseguidos. Es decir, cuando tal inidoneidad sea "patente, clara, notoria y ostensible, e incluso grave" <sup>394</sup>. Por lo tanto, quedan fuera de estos casos un gran número de actuaciones administrativas en las cuales la ineficacia no se percibe de forma tan ostensible. Ello obliga a una labor de interpretación de la norma en la que debe concretarse el mandato constitucional. Para ello la norma deberá concretar el resultado que se pretende conseguir <sup>395</sup>. De esta forma cuanto mayor sea el grado de concreción con que se determinan los resultados a alcanzar mayor será la posibilidad de exigir una mayor eficacia a la Administración pública. Asimismo otro factor importante serán los medios que se otorga a la Administración. La escasez de los mismos será un factor que permitirá depurar la posible responsabilidad generada.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva no basta con medir el grado de eficacia conseguido por las Administraciones públicas en la consecución de los resultados que se pretendían conseguir. Es necesario determinar en qué medida la Administración pública queda vinculada a la consecución de los resultados perseguidos. Tal vinculación será mayor o menor dependiendo de las consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento del grado de eficacia exigible a nuestras Administraciones. Siendo necesario, además, establecer los mecanismos y controles que posibiliten su exigencia por el particular afectado, de tal forma que permitan corregir o reparar la situación creada.

---

<sup>394</sup> Tal es el significado que para el término manifiesto utiliza la jurisprudencia, por ejemplo en el materia de nulidad del acto administrativo. *Vid.* al respecto la STS de 5 de noviembre de 1963 (ref. Ar. 3.424/1964).

<sup>395</sup> Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOCG-CD, Serie A, 138-1, de 21 de octubre de 1995): "Este criterio del resultado social decidido desde la instancia democrática es indispensable, en cualquier caso, para poder aplicar el principio de eficacia también desde la perspectiva de garantía del principio de legalidad que conlleva toda actuación pública."

Cabe señalar que toda actuación administrativa ineficaz, por obvio que ello pudiera parecer, supone una infracción de una norma jurídica, la que establece el principio de eficacia, situando a la Administración pública en una posición de ilegalidad. Es decir una discordancia entre la norma que exige un comportamiento eficaz y la actuación seguida que no cumple tales exigencias. Sin embargo, no toda actuación ilegal tiene las mismas consecuencias jurídicas: en unos casos puede determinar la invalidez de las actuaciones seguidas, mientras que en otros casos las mismas constituyen simples irregularidades salvables sin ninguna sanción efectiva. En otros casos la actuación ilegal puede generar la correspondiente responsabilidad al haberse producido un daño que deba ser reparado.

En la exigencia y consecución del principio de eficacia juegan un papel destacado las diversas formas de controles a que se somete la Administración pública, sean jurisdiccionales o no. Lo que sucede, en la práctica, es que el control a la Administración pública se hace pivotar de forma casi exclusiva en torno a fórmulas judiciales, en detrimento de otro tipo de mecanismos. La razón de ello estriba, sin duda, en la falta de un verdadero control parlamentario <sup>396</sup>, así como la desconfianza en los autocontroles ejercidos por la propia Administración pública. En alguna medida la aparición de la figura del *ombudsman* en sus diversas manifestaciones (estatal, autonómicas, etc.) ha intentado coger el testimonio de un cierto control parlamentario sobre la Administración pública. Esta institución ha demostrado en el Estado español importantes logros que han sido reconocidos internacionalmente <sup>397</sup>. Con todo deben señalarse también sus limitaciones pues la actuación de la misma se

---

<sup>396</sup> Las causas de esta práctica ausencia de control parlamentario se explican, tal como ha señalado el profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN, en que: "[...] mientras los Parlamentos de los Estados democráticos del continente asimilaban las técnicas de control de los modelos anglosajones, nuestro país ha padecido dos regímenes dictatoriales, el último de ellos muy dilatado, durante los que no existió vida parlamentaria o funcionaron unas Cortes con poderes limitados y carentes de una verdadera oposición, incapaces de ejercer un control político de la Administración que pudiera recibir tal nombre." *Vid.* de este autor *El control de las Administraciones... op. cit.* p. 44.

<sup>397</sup> De esta forma la incorporación en el Tratado de Maastricht de un artículo sobre el Defensor del Pueblo europeo es fruto de una propuesta del Estado español, habiéndose sugerido para cubrir el cargo a algunas personalidades de nacionalidad española, sin duda por la experiencia obtenida en el funcionamiento de la institución.

fundamenta esencialmente en su *auctoritas* <sup>398</sup>, careciendo de un verdadero *imperium* o poder coercitivo sobre la Administración pública <sup>399</sup>.

En cualquier caso, el Defensor está habilitado para realizar investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, *a la luz de lo dispuesto en el art. 103.1 de la CE*, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero (art. 9.1 de la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo). Entre los principios del 103.1 la Institución del Defensor del Pueblo se muestra especialmente adecuada para analizar la actuación administrativa desde el principio de eficacia <sup>400</sup>. Por tanto, la vulneración de este principio puede constituir un ámbito idóneo de intervención del *ombudsman*, sobre todo para aquellos casos que escapan del control de los tribunales o que no tienen otro mecanismo jurídico de protección <sup>401</sup>. Es en este sentido que algunos autores hacen referencia el concepto de "mala administración" <sup>402</sup>, que ha sido consagrado por el Tratado de Maastricht para definir

---

<sup>398</sup> Con todo el Defensor del Pueblo goza de amplios poderes de investigación, publica en unos informes anuales los resultados de la tramitación de las quejas planteadas donde da publicidad de los comportamientos de las autoridades, así como está legitimado procesalmente para diversas acciones ante los Tribunales.

<sup>399</sup> El mismo Defensor del Pueblo reconoce como "cuando en alguna ocasión se ha recordado a algún organismo la necesidad de contestar o resolver sobre los escritos presentados por los ciudadanos, si bien es cierto que la gran mayoría acepta las recomendaciones y resuelve, no ha faltado quien se revuelve, irritado ante el hecho de que se le recuerde que existen unas normas en vigor de obligado cumplimiento y contesta en tono hostil y un punto desafiante a una institución, a cuyas resoluciones sabe que les acompaña la fuerza o la razón de la norma, pero que no tienen carácter ejecutorio." *Vid.* de esta Institución *Informe anual 1989 y debates en las Cortes Generales I. Informe*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1990, pp. 90-91.

<sup>400</sup> *Vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Defensor del Pueblo y Administración pública" en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III (La Corona, Las Cortes Generales, Del Gobierno y de la Administración pública), Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 2.678.

<sup>401</sup> Como reconoce el Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 3 de enero de 1996: "El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad." *Vid.* el *BOCG-CD Serie A*, 133-7, de 3 de enero de 1996, p. 144.

<sup>402</sup> Según Michel LE CLAINCHE: "Dos elementos caracterizan según nuestra opinión a esta noción (la mala administración). Por una parte se refiere al inventario de insuficiencias en el funcionamiento de los servicios públicos, que es más amplia que la simple ilegalidad y se sitúa a un nivel inferior a aquél de las decisiones de política gubernamental. Por otra parte el fenómeno se observa desde el punto de vista de los usuarios del servicio, punto de vista particularmente más importante, teniendo en cuenta las finalidades de la acción

el ámbito de competencias de las Comisiones temporales de investigación <sup>403</sup> y del Defensor del Pueblo Europeo <sup>404</sup>. Es más algún autor incluso ha llegado a definir la inactividad como una "de las variantes más extensas y graves de mala administración, entendida ésta como la infracción por la Administración del deber de diligencia funcional contenido en el artículo 103.1 CE [...]." <sup>405</sup>. Sin embargo, debe notarse que la denominada "mala administración" es un concepto extraño a nuestra tradición jurídica que se forja en determinados países anglosajones (Nueva Zelanda, Gran Bretaña...) con la finalidad de restringir notablemente las competencias del *ombudsman* <sup>406</sup>. Así determinadas materias quedaban excluidas de su

---

administrativa." *Vid.* de este autor "Avant-propos" en el número monográfico dedicado a "La Maladministration" de la *Revue française d'Administration publique* 45, enero-marzo 1988, pp. 5-6.

<sup>403</sup> *Vid.* el art. 138 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (texto consolidado) y art. 20 B del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992): "En cumplimiento de sus cometidos y a petición de la cuarta parte de sus miembros, el Parlamento Europeo podrá constituir una comisión temporal de investigación para examinar, sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado confiere a otras instituciones u órganos, alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho comunitario, salvo que de los hechos alegados esté conociendo un órgano jurisdiccional, hasta tanto concluya el procedimiento jurisdiccional. [...]."

<sup>404</sup> *Vid.* el art. 138 E del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (texto consolidado) y art. 20 D del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992): "El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de *mala administración* en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. [...]."  
Tal expresión es recogida además en la Decisión del Parlamento europeo de 9 de marzo de 1994, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (94/262/CECA, CE, Euratom) (DOCE L 113/15, de 4 de mayo de 1994). Sin embargo tampoco se aclara o define su significado: *vid.* arts. 2.1, 3.1, 3.3 y 3.5. Para ello debe acudir al *Report* 1995 del Defensor del Pueblo Europeo en el cual se señala que: "En términos generales, se entiende por «mala administración», la que denota las medidas deficientes o infructuosas que se derivan de la aplicación inadecuada de una norma, como, por ejemplo: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de autoridad, negligencias, procedimientos ilícitos, agravios comparativos, casos de disfuncionamiento o incompetencia, discriminaciones, demoras injustificadas, falta de información o negativa a proporcionar información." Lista meramente ejemplificativa que no tiene carácter exhaustivo.

<sup>405</sup> *Vid.* GÓMEZ PUENTE, Marcos: "Responsabilidad por inactividad de la Administración" en *DA* 237-238, enero-junio 1994, monográfico "La reponsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", p. 140. Esta definición es objeto de un desarrollo más completo en la obra del mismo autor *La inactividad de los Poderes públicos: En especial, la inactividad de la Administración*, tesis doctoral (inédita), Santander, 1995.

<sup>406</sup> *Vid.* FRIEDMANN, Karl A.: "The ombudsman and the discretionary exercise of power" en *Third international ombudsman conference* (paper), Estocolmo, 1984, pp. 31-35 (donde se trata las competencias del ombudsman en Nueva Zelanda y en la Commonwealth); LUNDBVIK, Ulf: *The New Zealand Ombudsman*, Ed.

ámbito competencial <sup>407</sup>. Por ello, algunos autores aprovecharon la indefinición del concepto para desvirtuar su significado originario e intentar ampliar el ámbito competencial de la institución <sup>408</sup>. La imprecisión y la amplitud que adquiere dicho concepto cuestiona, en gran medida, su utilidad para definir la propia inactividad administrativa. El hecho que la "mala administración" haya sido recogida en el Tratado de la Unión europea, no significa que haya de ser asimilado, sin más, en nuestro ordenamiento jurídico. La incorporación de esta noción en el Tratado se hace fundamentalmente para delimitar el ámbito competencial de una institución, el Defensor del Pueblo europeo, que fue introducida con cierto recelo y reticencias <sup>409</sup>.

A través de las quejas de los ciudadanos se puede recoger una valiosa información sobre el conjunto de estas disfuncionalidades y patologías. Esta información, con independencia de que se acabe o no solucionando el caso concreto que llega hasta el Defensor, puede servir como marco general de reflexión para articular las soluciones legislativas o materiales que

---

International Ombudsman Institute, Occasional paper #7, 1980; GREGORY, Roy: "Building an ombudsman scheme: Statutory provisions and operating practices" en *The Ombudsman Journal* 12, 1994, p. 97: "As the United Kingdom Parliamentary Ombudsman has argued, "to define maladministration is to limit it." La bibliografía utilizada la extraemos del importante trabajo de Laura DÍEZ BUESO: *Los ombudsmen de las Comunidades autónomas*, tesis doctoral (en curso de realización).

<sup>407</sup> Según Ulf LUNDAVIK: "The limitation to «a matter of administration» excludes, *inter alia*, two things: matters of policy and professional acts and decisions". *Vid.* de este autor "The New Zeland Ombudsman" ... *op. cit.* p. 24.

<sup>408</sup> Así en el *Report* de 1995 del Defensor del Pueblo europeo se señala que: "La experiencia de los *ombudsman* nacionales muestra que es mejor no ensayar una rígida definición de que puede constituir mala administración. En efecto, la naturaleza abierta del término es una de las cosas que distinguen el papel del *ombudsman* del juez."

<sup>409</sup> La oposición a la introducción del Defensor del Pueblo europeo puede constatarse en un Informe de la Comisión de Peticiones sobre las deliberaciones de la citada Comisión durante el año parlamentario 1990-1991 (Ponente Sra. REDING) en *Parlamento europeo. Documentos de sesión* A3-0122/91, de 3 de mayo de 1991. Así en el punto 11: "Expresa al respecto su oposición en cuanto a la creación de un "ombudsman europeo", ya que esto debilitaría las competencias del Parlamento y de sus comisiones en materia de control de la Comisión de las Comunidades Europeas y de sus servicios y representaría una estructura nueva que vendría a superponerse a estructuras ya existentes, tales como la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en detrimento de estas". Sobre esta institución nos remitimos, por lo demás, a los estudios de la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo: *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea, Jornadas Celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, en la Sede de la Universidad en Getafe*, Madrid, 1993.

permitan corregir en el futuro estos supuestos de inactividad <sup>410</sup>.

Por otra parte la proliferación de diversos mecanismos de control puede suponer una hipertrofia de la actividad de la Administración pública <sup>411</sup>. En este sentido, tales mecanismos deben ser selectivos y ágiles, de tal forma que no se incrusten en el procedimiento administrativo ralentizando en exceso la decisión administrativa. Particular relieve adquieren, en este punto, los informes y dictámenes de ciertos órganos, técnicos y de confianza, que se pronuncian sobre la legalidad de la actuación administrativa, realizando en este sentido un autocontrol, que evite la existencia de un posible conflicto entre las partes interesadas y su eventual jurisdiccionalización en los Tribunales. Asimismo debe dotarse de contenido a los controles existentes, evitando que éstos giren solamente en torno a las formas y a los documentos <sup>412</sup>.

En cuanto a la jurisdicción contencioso-administrativa debe examinarse si es un medio adecuado de control de la inactividad y de las actuaciones administrativas ineficaces. Actualmente voces autorizadas han puesto de relieve la insuficiencia del modelo jurisdiccional para hacer frente a estas nuevas necesidades de control. Es necesario recordar que el contencioso-administrativo nace para controlar una Administración básicamente limitadora, articulándose como una reacción del ciudadano dirigida a obtener una anulación del acto

---

<sup>410</sup> Vid. TORNOS MAS, Joaquín: "La situación actual del proceso contencioso-administrativo" en RAP 122, mayo-agosto 1990, p. 127.

<sup>411</sup> Así, por ejemplo, son significativas algunas constataciones observadas en *Creating a Government that Works Better & Costs Less, From Red Tape to Results, Report of the National Performance Review, Vice President Al Gore*, Washington, 1993. Existe una versión en castellano publicada por el IVAP-HAEE, Vitoria-Gasteiz, 1994. En la p. 3 se advierte que: "La administración federal está llena de gente buena atrapada en sistemas malos: sistemas presupuestarios, sistemas de personal, sistemas de compra, sistemas de gestión financiera, sistemas informáticos. Culpando a las personas e imponiendo más controles, conseguimos que los sistemas empeoren. En los últimos 15 años, por ejemplo, el Congreso ha creado dentro de cada agencia una oficina independiente de inspección general. La idea era eliminar el fraude, el despilfarro y el abuso. Si bien es cierto que los inspectores generales han puesto al descubierto problemas importantes, también sabemos que han intimidado de tal forma a los funcionarios federales que ahora muchos de ellos tienen miedo de desviarse aunque sea mínimamente del procedimiento operativo establecido."

<sup>412</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *La organización del desgobierno...* op. cit. p. 90.

administrativo (recurso de anulación) y, en su caso, un restablecimiento de la realidad alterada (recurso de plena jurisdicción). El modelo a seguir será el contencioso-administrativo francés construido a través de la jurisprudencia pretoriana del *Conseil d'État* y cuyo logro más significativo es sin duda el *recours pour excès de pouvoir*. Estamos, por tanto, ante un proceso de impugnación del acto administrativo, un proceso de "demolizione giuridica" como gráficamente lo describió NIGRO <sup>413</sup>. En la actualidad esta jurisdicción sigue montada en nuestro país en torno al mismo esquema originario, pese a que las actividades que realiza la Administración son muy diferentes a las que le correspondían en el siglo pasado <sup>414</sup>. El modelo o paradigma francés parece haber entrado en grave crisis hasta el punto que algunos autores han anunciado su final <sup>415</sup>.

Frente al modelo francés, la doctrina alemana, al finalizar la II Guerra Mundial, construyó una jurisdicción contencioso-administrativa de corte esencialmente subjetivo, cuyo punto central de referencia es la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos <sup>416</sup>. El detonante de este nuevo paradigma jurisdiccional es la búsqueda de un "Estado de Derecho perfecto" como reacción fulminante a los excesos del régimen nacionalsocialista. Entre los logros más importantes de esta construcción jurídica está sin duda la elaboración de un elenco de acciones de diversa naturaleza y alcance, en torno a la distinción entre Administración

---

<sup>413</sup> NIGRO, Mario: *Giustizia amministrativa*, Ed. Il Mulino, 3ª edición, Bolonia, 1983, p. 293.

<sup>414</sup> Así el profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ señala que: "[...] no parece tan claro que el control judicial sea en estos momentos una vía segura para que las Administraciones públicas cumplan el compromiso prestacional contraído en el Estado Social y Democrático de Derecho; ¿o acaso es indiferente para los administradores la inactividad de la Administración, de tal forma que no está justificado su control jurisdiccional?" *Vid.* de este autor *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 14.

<sup>415</sup> Es significativo el título del trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma" en *REDA* 58, junio 1988 y también en el libro del mismo autor *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed. ampliada, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1989, pp. 77-103.

<sup>416</sup> Debe advertirse que en el Derecho alemán existe un concepto amplio de derecho subjetivo en el cual se "comprende todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección, y, por tanto, abarca aquellas posiciones que se designan en otros ordenamientos (como en el caso italiano y español) con el concepto de "intereses legítimos"." *Vid.* SOMMERMANN, Karl-Peter: "La justicia administrativa alemana" en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.): *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Ed. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1993, p. 49.

prestacional y Administración de limitación <sup>417</sup>. De forma muy sintética estas acciones pueden sistematizarse como sigue <sup>418</sup>:

- acción impugnatoria o de anulación
- acción de imposición o condena a dictar un acto
- acción de prestación
- acción declarativa
- acción de responsabilidad

Esta tipología de acciones pone de relieve la conexión entre las diversas situaciones en que se encuentra el particular cuando demanda a la Administración y lo que pretende obtener del juez administrativo. Tal diversidad tiene su origen en la pluralidad de funciones que actualmente desempeña la Administración, fruto como hemos visto de la proclamación del Estado social de Derecho. En la acción anulatoria se pretende la anulación de un acto administrativo <sup>419</sup>, en la de condena que se dicte un acto que ha sido omitido o denegado <sup>420</sup>, en la prestacional se funda en el derecho a la prestación solicitada o a su omisión <sup>421</sup>,

---

<sup>417</sup> Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J.: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 141.

<sup>418</sup> No se pretende en este trabajo hacer un estudio de las diversas acciones procesales en el sistema alemán, por cuanto ya existe abundante literatura jurídica de autores españoles sobre las mismas. En todo caso si que se aludirá a las mismas, en ulteriores apartados de este estudio, en orden a las diferentes alternativas que se presentan en el sistema español en relación al control de los diversos supuestos de inactividad. Una descripción minuciosa de los diversas acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa fue realizada por NIETO GARCÍA, Alejandro: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo" en *RAP* 37, enero-abril 1962, especialmente pp. 238-247. Más reciente vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J.: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania... op. cit.*

<sup>419</sup> Según el art. 70.1.a) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, cuando señala que la sentencia: "Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada."

<sup>420</sup> Según el art. 70.1.c) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, cuando señala que: "Si la medida consistiera en la emisión de un acto [...] la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo."

<sup>421</sup> Según el art. 70.1.c) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, cuando señala que: "Si la medida consistiera [...] en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo." Así como el art. 28 del mismo Proyecto refiriéndose específicamente al tema de

en la declarativa que se determine la existencia o la inexistencia de una relación jurídica <sup>422</sup> y en la de responsabilidad que se obtenga el resarcimiento efectivo de los daños causados por una actuación o omisión administrativa <sup>423</sup>. De esta forma, se observan algunas acciones que permiten delimitar unas claras respuestas jurisdiccionales al problema de la inactividad administrativa. Ello se produce fundamentalmente con la posibilidad de obtener pronunciamientos condenatorios dirigidos a constreñir a la Administración a que dicte un acto que realice una determinada prestación.

La contraposición entre los modelos francés y alemán pone singularmente de relieve el debate sobre cual debe ser la función de la jurisdicción contencioso-administrativa: tutelar derechos e intereses legítimos o bien controlar la legalidad de la actuación administrativa. Algún autor ha señalado que las actuales disfuncionalidades del proceso contencioso-administrativo español traen causa en "que no logra despegarse de los postulados de una concepción objetiva de la jurisdicción" <sup>424</sup>. Por tanto, se señala como el camino a seguir la profundización en la concepción subjetiva en cuando la "misión esencial de la jurisdicción es la defensa de los derechos e intereses legítimos de los particulares, siendo el aspecto de control de la Administración una función importante pero que habrá de encuadrarse en la concepción subjetiva".

La mayoría de la doctrina parece mostrarse favorable a las tesis que configuran la

---

la inactividad: "Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieren derecho a ella pueden reclamar a la Administración el cumplimiento de dicha obligación. [...]."

<sup>422</sup> Según el art. 70.1.b) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, cuando señala que la sentencia: "Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma."

<sup>423</sup> Según el art. 70.1.d) del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996, cuando señala que la sentencia: "Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. [...]."

<sup>424</sup> Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J.: "Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, p. 18.

jurisdicción sobre un modelo de corte subjetivo <sup>425</sup>. No obstante y al mismo tiempo predicán la necesidad de extender el control jurisdiccional a toda la actividad administrativa <sup>426</sup>. En el fondo parece haber una contradicción interna en este planteamiento, pues si este control es un mero instrumento para conseguir la tutela de derechos e intereses legítimos será necesariamente parcial y limitado. Ello será así por cuanto las posibilidades de ejercitar este control quedarán constreñidas a la existencia de derechos e intereses particulares susceptibles de tutela. En cambio las mayores ilegalidades pueden quedar sin ningún tipo de control jurisdiccional porque no son fácilmente identificables los intereses que provocarían la apertura del contencioso.

Una muestra clara de esta contradicción la encontramos en el recurso indirecto contra reglamentos. Si realmente estamos ante una jurisdicción de corte subjetivo, bastaría con la inaplicación del reglamento para asegurar la tutela de los derechos e intereses en cuestión. Así el control de legalidad cumpliría su finalidad meramente instrumental. Sin embargo, la doctrina reclama insistentemente que la sentencia que resuelve el recurso no solamente inaplique, sino que también anule la disposición reglamentaria con efectos *erga omnes* <sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> Vid. por ejemplo alguno de los diversos trabajos del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en Derecho español" en REDA 59, septiembre 1988, publicado también en *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed. ampliada, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1992, p. 60: "El contencioso-administrativo está incluido, de esto no hay duda - la jurisprudencia constitucional lo dice todos los días -, en el artículo 24. Primera conclusión, la justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos [...] una tutela de posiciones subjetivas. Por consiguiente, la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de *excès de pouvoir*, la idea del proceso al acto, ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos del recurrente y los de la Administración (ésta, predominantemente potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes."

<sup>426</sup> Así se ha llegado a señalar que: "Afirmar la universalidad del control judicial sobre cualquier actuación de la Administración, como vemos que se infiere de nuestra Constitución, constituye, en frase conocida de W. JELLINEK, glosando un precepto análogo de la Ley Fundamental de Bonn, "el párrafo regio del Estado de Derecho." Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I*, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 555.

<sup>427</sup> Así entre los motivos para justificar tal posición se señala que: "[...] la ilegalidad de un Reglamento [...] es un vicio de orden público, un vicio trascendente al puro interés de los particulares y afectante al orden y al interés general por incidir sobre el imperio de las Leyes y la certeza del Derecho, como, por otra parte, subraya su calificación de nulidad de pleno derecho [...]." Así "[...] parece claro que la eliminación general de un

Está claro que si se pretende mantener la segunda solución la función de la jurisdicción va más allá de la simple tutela de posiciones jurídicas subjetivas y que cumple también una importante función de control y, en definitiva, de defensa del interés general, sin que ésta sea meramente secundaria o instrumental.

La opción entre el modelo subjetivo y el modelo objetivo de jurisdicción contencioso-administrativa habrá de ser una cuestión a examinar a través del marco constitucional vigente y desde la legislación aplicable. Por ello puede ser de singular importancia el papel que adopte el legislador español ante una futura reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, potenciando uno u otro aspecto. En este sentido el profesor Martin BULLINGER ha señalado que:

"El legislador español deberá decidir si, tras un proceso de transición hacia el Estado democrático de Derecho de características similares al vivido en Alemania hace algunas décadas, desea avanzar precisamente como lo hizo Alemania, hacia el "Estado de Derecho perfecto", o si, por el contrario, desea detenerse en el tradicional *standard*, tal y como lo representa el contencioso francés <sup>428</sup>."

Lo cierto es que quizás sea necesario aprovechar los aspectos positivos que presentan ambos modelos (francés y alemán), evitando las oscilaciones pendulares a las que somos tan propicios en la Península ibérica. Es posible que una profundización, sin más, en la concepción subjetiva del contencioso haga realidad las críticas que los autores de la extinta RDA hacían al sistema diseñado por sus homólogos de la RFA:

---

Reglamento ilegal - con ocasión de un recurso indirecto interpuesto contra un acto concreto de aplicación - es un posibilidad que hay que estimular y no limitar, puesto que se produce también el efecto purgativo del ordenamiento antes aludido [...]." *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 219.

<sup>428</sup> *Vid.* de este autor el "Prólogo" a la obra de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Ed. Ministerio de Justicia y Civitas, Madrid, 1993, p. 18.

"(Al exigirse un derecho subjetivo), los trabajadores no pueden recurrir contra la elevación de impuestos y de precios, ni pueden exigir un puesto de trabajo adecuado a su capacidad laboral [...], en cambio siempre se da la acción cuando el Estado burgués entra en conflicto con los burgueses individualizados o con la burguesía como clase, y muy especialmente cuando se trata de algo que afecte a la propiedad capitalista" <sup>429</sup>.

De hecho, la CE establece en su art. 106.1 que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Por su parte, el art. 24 de la CE proclama la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos. La posición reforzada de este último precepto no implica necesariamente y en todos los casos una subordinación del control jurisdiccional a la existencia de derechos e intereses legítimos. Puede quizás hablarse de una coexistencia que no subordinación entre ambas funciones jurisdiccionales: tutela de posiciones subjetivas y control de legalidad <sup>430</sup>. Ambas pueden encuadrarse sin dificultad en el art. 117.3 cuando se establece el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Tal posición es quizás la más adecuada para definir un contencioso-administrativo que actualmente se ha convertido en un "instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política, mecanismo de control de legalidad de las Administraciones inferiores, instrumento de defensa de su autonomía, cauce para la defensa de derechos y libertades encomendados a ciertas instituciones públicas y para

---

<sup>429</sup> Vid. AA.VV.: *Das Verwaltungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, 1957, pp. 296-297. La cita la tomamos de NIETO GARCÍA, Alejandro: "La discutible supervivencia del interés directo" en *REDA* 12, enero-marzo 1977, p. 56.

<sup>430</sup> Esta doble faceta demuestra que: "Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, *en beneficio de los interesados y del interés general*, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde (la cursiva es nuestra)." Vid. el Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en *BOC-CD Serie A*, 133-7, de 3 de enero de 1996, p. 140.

las del interés objetivo de la ley en los supuestos legales de acción popular, etc." <sup>431</sup>.

En este último sentido cabe citar que numerosas disposiciones legales consagran la denominada acción pública o popular para el ejercicio en casos concretos del recurso contencioso-administrativo <sup>432</sup> (urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico, costas, etc.) <sup>433</sup>. Como advierte reiteradamente la jurisprudencia: "el elemental principio de la acción pública [...] hace innecesario estar en posesión de un derecho subjetivo previo o de un interés directo en el asunto, como exige nuestra Ley jurisdiccional en su artículo 28 [...] <sup>434</sup>. No obstante, se ha señalado que aún en estos casos se trata "de una técnica de protección de derechos colectivos, en el sentido del artículo 7.3 LOPJ, de modo que tampoco se excluye en absoluto el aspecto subjetivo de la tutela y de la acción (y, por tanto, de las eventuales sentencias, que ninguna razón puede justificar que tengan que se meras sentencias declarativas, sin pronunciamientos de condena, y así lo prueba la numerosa y uniforme jurisprudencia existente en toda esa materia)." Cabe decir, sin embargo, que en muchas ocasiones la jurisprudencia utiliza la acción popular como argumento *a fortiori* para reforzar la legitimación del recurrente, pero dicha legitimación ya existe por la presencia de intereses

---

<sup>431</sup> Vid. el Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en *BOC-CD Serie A*, 133-7, de 3 de enero de 1996, p. 142.

<sup>432</sup> El art. 125 de la CE establece que: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios". Este precepto si bien parece referirse preferentemente a los procesos penales, no excluye que el legislador pueda establecer la acción popular en otros órdenes jurisdiccionales. En cambio, no cabe reputar inconstitucional una norma que en el ámbito contencioso-administrativo restrinja la legitimación a los titulares de derechos e intereses legítimos. Vid. BAÑO LEÓN, José María: "La tutela judicial en el medio ambiente y la defensa de los intereses municipales" en ESTEVE PARDO, José (Ed.): *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Ed. Civitas y Diputación de Barcelona, Madrid, 1996, p. 619. Este autor estima imposible fundar en el art. 45 de la CE una acción popular en materia de medio ambiente.

<sup>433</sup> El ejemplo más paradigmático y que ha generado, sin duda, más pronunciamientos jurisprudenciales es el de urbanismo, previsto actualmente en el art. 304 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio. También pueden citarse, entre otros, el art. 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; así como el art. 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español.

<sup>434</sup> Vid. a título de ejemplo la STS de 13 de febrero de 1985 (ref. Ar. 1.028).

legítimos afectados por el acto que se impugna <sup>435</sup>. En estos casos, lógicamente, es factible pensar en pronunciamientos de condena y no de mera anulación. Por lo que respecta a los supuestos en que estrictamente existe una acción popular, de mero control de legalidad, los Tribunales son bastante restrictivos a admitir por ejemplo una pretensión indemnizatoria <sup>436</sup>. Como advirtió el profesor Alfonso PÉREZ MORENO: "quien fue a los Tribunales sin derecho subjetivo ni interés directo y con un fin primario de defensa de la legalidad, no puede salir con su patrimonio enriquecido: sería un enriquecimiento sin causa <sup>437</sup>." Lo que sí, en cambio, podría solicitar el accionante popular sería no el reconocimiento de una situación individualizada, sino que fueran llevadas a cabo las consecuencias de la anulación que ha demandado. Así, por ejemplo, si obtiene la nulidad de la licencia ello debe llevar para su efectividad que se lleve a cabo la demolición de lo construido <sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> Es harto elocuente la STS de 11 de octubre de 1994 (ref. Ar. 7.520) la cual en su FJ 2º advierte: "Que en el artículo 235 de la Ley del Suelo autoriza la acción pública en el supuesto que por los organismos públicos no se cumpla la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas, con lo que aparece claro que los particulares puedan ejercitar tal acción aunque no les afecte la licencia de obras siempre que en la misma se dé una infracción de norma urbanística [...]." Seguidamente en el FJ 3º se señala: "Que aparte de lo anterior, con independencia de lo que proceda respecto de la cuestión de fondo, teniendo en cuenta las alegaciones de la demanda, conforme al artículo 28.a) de la Ley Jurisdiccional estaría también legitimado el recurrente, ya que el mismo tendría un interés directo en la impugnación de la licencia si en virtud de ésta resulta una actuación urbanística ilegítima que le priva de vistas a su propio domicilio."

<sup>436</sup> Según la STS de 21 de junio de 1979 (ref. Ar. 2.962): "Que la acción pública otorgada en el art. 223 de la Ley del Suelo de 1956 se agota en el ámbito objetivo de la observancia de los preceptos urbanísticos de dicha Ley y de los Planes de ordenación urbana, sin que la función legitimadora de índole universal, correspondiente al interés ciudadano en el cumplimiento de la normativa urbanística, pueda extenderse al marco civil y subjetivo de la gestión de los intereses de otro, dueño de la obra presuntamente afecta al derribo por resolución jurisdiccional, en orden a pretender de la Administración municipal que indemnice al titular de la licencia total o parcialmente anulable en juicio revisor, pues aunque ese resarcimiento se establece en el art. 172 de dicha Ley cuya observancia fundamenta la acción pública, corresponde a derecho subjetivo de carácter renunciabile, por sólo su titular y consecuentemente ligado a él o a sus causahabientes en su exclusiva actuación como objeto de la pretensión jurisdiccional fundada en el art. 42 de la Ley rectora, al par que la índole general de la responsabilidad de la Administración en punto a resarcimiento hace clase de esta genérica institución a la derivada de motivos urbanísticos, pero sin infundirme naturaleza jurídica de ese orden a efectos de pretender, a través de la acción pública referida, el resarcimiento a favor del tercero directamente perjudicado, puesto que la demandante no concreta para ella, y tampoco funda en perjuicios propios, la susodicha pretensión que así debe ser desestimada; al igual que resultan inoperantes, en su invocación por la actora, los argumentos basados en una supuesta indefensión que tampoco lo es propia."

<sup>437</sup> Vid. de este autor "La acción popular en materia urbanística" en *RDU* 15, p. 90.

<sup>438</sup> Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso: "La acción..." *op. cit.* pp. 90-91.

La existencia de una acción pública se ha revelado como un medio eficaz de lucha contra determinados supuestos de inactividad administrativa. En este sentido alguna Administración ha querido beneficiarse de su propia pasividad, señalando que el particular no podía interponer el recurso contencioso-administrativo, pues habían transcurrido por ello el plazo correspondiente de dos meses, desde la resolución por silencio de un recurso administrativo, cuyo contenido se decía que era conocido por el recurrente. Independientemente de que ello sea así, la existencia de una acción pública con un plazo más largo (por ejemplo de un año) ha servido para evitar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y permitir la fiscalización de las posibles ilegalidades administrativas <sup>439</sup>.

Con todo, no han faltado los detractores de una legitimación tan amplia, al considerarla un campo abierto a conductas delictivas, como la extorsión. Ciertamente, es posible que tales situaciones e ilegalidades puedan llegar a producirse, pero su corrección no debe pasar por la restricción del acceso a los Tribunales, sino en la articulación de los mecanismos oportunos: pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, condena en costas, etc. Es también imprescindible delimitar el contenido de la sentencia a través del medio de acceso a la jurisdicción. En los casos en que sólo exista un interés de mera legalidad, no puede pretenderse obtener el reconocimiento de derechos, sino la nulidad de la actuación impugnada

---

<sup>439</sup> Según la STS de 14 de abril de 1993 (ref. Ar. 2.606): "En la sentencia apelada se desestima la causa de inadmisibilidad que se analiza diciendo que «lo que pretende el Ayuntamiento de Panticosa (Huesca) es sacar beneficios de su propia inactividad que se ha mantenido incluso [...] en trámite de Reposición. Sobre tal base será suficiente para rechazar la tesis del actor la cita de las SSTC núms. 6/1986, de 21 enero [...] y 204/1987, de 21 diciembre [...]». Frente a esta argumentación la Diputación de Huesca alega que el recurrente conocía los acuerdos del Ayuntamiento de Panticosa y las obras que se estaban realizando y que el escrito en el que se formalizó el recurso de reposición es más de dos meses y medio posterior a los escritos, antes aludidos, en los que se solicitó certificación del acuerdo de concesión de la licencia discutida y la paralización de las obras, por lo que transcurrió con exceso el plazo de un mes previsto en el art. 52.2 de la Ley de esta Jurisdicción. No puede acogerse esta alegación bastando tener en cuenta, por un lado, que el Ayuntamiento de Panticosa no notificó al recurrente, no obstante habérselo éste interesado, el acto administrativo de concesión de la licencia litigiosa, y que, según determina el expresado art. 52.2, el mencionado plazo de un mes comienza a contarse desde la notificación del acto de que se trate hecha con los requisitos a que se refiere el art. 59, y, por otro lado, que en los escritos del recurrente a los que se ha hecho antes referencia éste manifestó tener una propiedad próxima al lugar donde se realizaban las obras litigiosas y que, por tanto, éstas le afectaban, así como que, en cualquier caso, ejercía la acción pública prevista en el art. 235 de la Ley del Suelo de 1976, artículo este que, como es sabido, determina que si la acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta un año después de su terminación."

o la condena a realizar una determinada actividad. Lo que sucede, según ya hemos visto, es que el deseo de ampliar el acceso a los Tribunales y el control jurisdiccional ha llevado a confundir la diversas situaciones de los sujetos implicados. La LJCA de 1956 advertía en su Exposición de Motivos que no consideraba "necesario ni conveniente" instituir dos recursos distintos, como el de anulación y plena jurisdicción, estableciendo sin embargo en su propio articulado que: "Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados." Tal confusión, sin duda, ha propiciado que si bien se ha avanzado notablemente en el control jurisdiccional de la Administración se ha llegado a soluciones más restrictivas en tema de legitimación.

En cualquier caso, parece que sería conveniente que no fueran tan solo los particulares a quienes se encomendara el inicio de los procesos contencioso-administrativos. A tal efecto, se ha señalado la posibilidad de encomendar esta tarea a los propios Tribunales, actuando de oficio, bien al Ministerio Fiscal, o incluso se podría apuntar al propio Defensor del Pueblo<sup>440</sup>. Tales soluciones de gran interés deben ser complementadas con el esfuerzo de la sociedad civil a través de las diversas asociaciones y organizaciones, a las cuales debe facilitarse el acceso a jurisdicción contencioso-administrativa.

### III.- LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO FUNCIÓN Y SU EXIGENCIA A TRAVÉS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1.- Actividad administrativa e inactividad: dos comportamientos opuestos que presentan una perspectiva de análisis común

La aparición del Estado social de Derecho en el constitucionalismo occidental configura unos Poderes públicos intervencionistas, avocados a la actividad. Fundamentalmente es la

---

<sup>440</sup> En este sentido *vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos... op. cit.* pp. 280-286.

conjunción de los arts. 1.1 y 9.2 de la CE de 1978 la que sitúa a los Poderes públicos en una situación dinámica al tener que "promover condiciones" y "remover obstáculos" para conseguir los objetivos marcados por la propia norma constitucional. También se utiliza indistintamente en diversas partes de su articulado las expresiones "actuación" y "actividad" de la Administración <sup>441</sup>, si bien fundamentalmente desde la perspectiva de su control jurisdiccional. Pero es sobre todo el art. 103.1 de la CE quien establece la posición constitucional de la Administración pública al señalar que "sirve con objetividad los intereses generales y *actúa* de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". En este precepto se contempla la actuación administrativa, sometida a unos principios constitucionales, como un instrumento con el cual servir los intereses generales cuya gestión se encomienda a la Administración pública. La CE hace una opción preferente por la actividad o la actuación administrativa como forma normal o habitual de servir el interés general. A primera vista ello podría llevarnos a considerar que la no actividad, el comportamiento pasivo de la Administración pública, supone una patología que debe en todo combatirse, articulando los mecanismos jurídicos precisos que obliguen a realizar tal actuación <sup>442</sup>. Sin duda ello es cierto en gran medida por cuanto la satisfacción del interés

---

<sup>441</sup> La palabra "actuación" parece que se refiere al objeto específico de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, según la dicción que emplea el art. 106.1 de la CE. En cambio el término "actividad" tendría un carácter más descriptivo como el conjunto de operaciones o tareas propias que lleva a cabo la Administración pública. La reivindicación de la expresión "actuación" fue formulada por los profesores CLAVERO ARÉVALO y GARRIDO FALLA en las Jornadas de Estudio sobre el Anteproyecto de LJCA celebradas en Sevilla los días 10 y 11 de febrero de 1995. *Vid.* al respecto PÉREZ MORENO, Alfonso (Ed.): *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 44 y 109. Debe advertirse, con todo, la imprecisión terminológica que utiliza la propia CE al hablar posteriormente en el art. 153 c) del control de la "actividad" de los órganos de las Comunidades autónomas ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>442</sup> Así el profesor Alejandro NIETO GARCÍA ha señalado que: "[...] debe tenerse siempre presente que cuando aquí se hable de inactividades de la Administración se está haciendo sin excepciones referencia a *inactividades ilícitas*, que son las únicas relevantes a nuestros defectos, tal como ya puso de relieve hace años MONTORO CHINER. Cuando la inactividad no supone una infracción del Ordenamiento jurídico o resulta tolerada por éste, ningún remedio hay contra ella y es jurídicamente irrelevante." *Vid.* "La inactividad de la Administración" en *Ponències del Seminari de Dret Local. Setena edició del Seminari (Curs 94-95)*, Ed. Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1996, pp. 173-204. La referencia a MONTORO CHINER es lógicamente al trabajo que ya hemos mencionado anteriormente: "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional "versus" fracaso legislativo..." *op. cit.* en especial p. 278, donde argumenta que: "Contemplada la actuación administrativa como encargo legislativo, bajo la actitud conformadora y

general requiere en la mayoría de los casos una intervención expresa de la Administración y la mayoría de supuestos de inactividad constituyen la no realización en un tiempo fijado legalmente de un actividad exigida por el ordenamiento jurídico. Con todo, ello no excluye la posibilidad que, en determinados casos, el interés general pueda servirse desde comportamientos pasivos. Tal afirmación puede parecer, seguramente, heterodoxa, y sin embargo cabe pensar que la Administración opte por una situación de inactividad en determinadas ocasiones que sea permitida y fomentada, cuando no obligada, por nuestro ordenamiento jurídico. Quizás no sea innecesario recordar aquí que según el art. 1.088 del Código civil toda obligación consiste en dar, hacer *o no hacer alguna cosa*. Tómese como ejemplo el art. 94.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, en el que se advierte que: "Excepcionalmente *podrá omitirse* el anuncio del resultado de la adjudicación cuando la divulgación de la información relativa a la celebración del contrato constituya un obstáculo a la aplicación de la legislación, sea contraria al interés público, perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o pueda perjudicar la competencia leal entre ellas [...]". En este caso cabe distinguir diversos supuestos: es posible admitir la concurrencia de un determinado interés público que justifique la no publicación; cabe pensar, asimismo, en la presencia de determinados intereses privados de unas empresas, que se vieran perjudicadas por esta publicidad y reclamaran las indemnizaciones procedentes. En todos ellos el ordenamiento puede llegar a exigir un comportamiento pasivo a la Administración pública: no proceder a la citada publicación, por concurrir unos intereses susceptibles de protección.

Se podría llegar a pensar que cuando la inactividad es ajustada a Derecho, ésta no tiene ninguna relevancia jurídica y que, por tanto, carece de cualquier interés desde la perspectiva del Derecho. No obstante, hay que tener en cuenta que el Derecho no se limita

---

complementaria de la ley, es posible argumentar que la inactividad administrativa, existiendo mandato positivo de actuar, resulta ilegal." En la misma línea se pronuncia Marcos GÓMEZ PUENTE quien define la inactividad como "la constatación de una omisión por la Administración de toda actividad jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible". Para esta autor "es consustancial a la noción de inactividad que manejamos el que la omisión administrativa constituya una conducta lícita o antijurídica por contravención de un deber de actuar deducido del ordenamiento jurídico". *Vid. La inactividad de los Poderes públicos... op. cit.* p. 261.

exclusivamente a reaccionar frente las conductas patológicas o ilegales, sino también a instrumentar las pautas necesarias para el ejercicio correcto de las actividades que se someten a su disciplina. En unos casos, si bien es admisible que la Administración permanezca inactiva, es posible que el ordenamiento jurídico le obligue a justificar tal omisión. Juega en este punto un papel fundamental la motivación de los actos administrativos, en cuanto forma de control de una potestad discrecional. Discrecionalidad que puede hacer referencia a la elección entre la actividad y la inactividad como dos opciones legales y posibles ante un supuesto determinado. En otros casos, es posible que una inactividad perfectamente ajustada a la legalidad, produzca determinados efectos jurídicos que afecten a situaciones futuras. Así, la Administración puede someter a la exigencia de la comunicación previa, el ejercicio de una determinada actividad. En tal situación existen dos opciones: si la Administración entiende que se cumple los requisitos exigibles permanece inactiva, en cambio si considera que los mismos no concurren puede llegar a prohibir tal actividad. Podría darse el caso que la situación del particular fuera perfectamente ajustada a Derecho y que la Administración hubiera obrado correctamente al permanecer inactiva, pero que posteriormente surgieran criterios de oportunidad que hicieran conveniente el cese de tal actividad. Sería posible considerar en tales casos que la inactividad ha producido en el particular unas ciertas expectativas, habiendo por ello realizado determinadas inversiones que deban ser indemnizadas. Otro ejemplo significativo podemos encontrarlo respecto al ejercicio de la potestad sancionadora. Si consideramos que estamos ante una potestad discrecional, como ha señalado el profesor Alejandro NIETO GARCÍA <sup>443</sup>, puede llegarse a entender que la inactividad de la Administración que no sanciona a un infractor, dejando correr los plazos de prescripción, es legal. Tal inactividad producirá consecuencias jurídicas importantes, como es la imposibilidad que la Administración pueda sancionar al infractor con posterioridad a que se haya producido la prescripción. Y en caso que la Administración actúe extemporáneamente puede el particular afectado reaccionar contra este comportamiento a través de las vías impugnatorias procedentes.

---

<sup>443</sup> Vid. de este autor *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-147. Sobre el ejercicio discrecional de esta potestad *vid.* asimismo las consideraciones que realizamos en el capítulo tercero de este trabajo al hablar dentro de la obligación de resolver de la figura del denunciante.

La inactividad puede y debe estudiarse desde el comportamiento opuesto, la actividad. Ambas son dos comportamientos distintos a las que el ordenamiento en ocasiones intenta dar respuestas jurídicas similares. Algunas veces lo que se pretende es intentar sustituir o paliar los efectos que produciría la inactividad, en muchos casos lesivos para sus destinatarios, por unos efectos previstos directamente por la legislación aplicable, que vendrían a asimilar la situación creada con la que produciría una actuación expresa de la Administración pública. Las dificultades surgen cuando se pretende aplicar a todo tipo de inactividad respuestas jurídicas idénticas. Esta aplicación indiscriminada puede ocasionar problemas por cuanto las distintas formas de actividad que pretenden substituirse no se corresponden con los mecanismos y efectos previstos en la legislación aplicable.

La doctrina se ha preocupado preferentemente del estudio de la actividad administrativa en sus diversas manifestaciones, dedicando una atención escasa o cuando menos parcial, según hemos tenido oportunidad de comprobar en epígrafes anteriores, al problema de la inactividad. Este desolador panorama ha ido cambiando en nuestra doctrina sobre todo a raíz de un capital trabajo del profesor Alejandro NIETO realizado en 1962<sup>444</sup>. Este autor parte de la distinción entre una inactividad material y una inactividad formal. La primera "se corresponde con la idea originaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias". En cambio, la segunda "se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares"<sup>445</sup>. La razón que seguramente impulsó al profesor NIETO a realizar esta clasificación sería el poner de manifiesto como

---

<sup>444</sup> *Vid.* de este autor "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo" en *RAP* 37, enero-abril 1962. Trabajo también publicado en *DA* 208, abril-diciembre 1986, número monográfico sobre "La inactividad administrativa", pp. 229-262.

<sup>445</sup> La distinción ha sido precisada, posteriormente, por FERRET I JACAS, Joaquim: "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, Este autor señala así, en la pp. 263-264, que: "Con leves diferencias de matizaciones respecto al autor citado (NIETO), hemos de distinguir entre la inactividad como inexistencia de acto administrativo formal y la inactividad como conducta materialmente omisiva de la Administración. La Administración puede haber realizado una conducta materialmente activa y en cambio no contestar a las peticiones o reclamaciones del particular (inactividad formal). La Administración puede seguir una conducta omisiva y, a requerimiento del particular, emitir un acto que la justifique (inactividad material)."

diversas formas de inactividad administrativa quedaban inmunes al control jurisdiccional. Si bien a "la llamada doctrina del silencio administrativo, desconocida durante tanto tiempo por la Ley, debió, por ejemplo, el procedimiento contencioso-administrativo uno de sus adelantos más importantes" en la actualidad éste se revelaba insuficiente para reducir otras formas de pasividad de la Administración y obligarla a actuar de acuerdo con las exigencias que le demanda el ordenamiento jurídico. Lo que sucedía, era, que en muchas ocasiones la inactividad material se convertía a través de una solicitud del interesado en una inactividad formal.

Posteriormente (1986) el profesor NIETO polarizó en un segundo estudio de importancia capital <sup>446</sup> su atención respecto a la inactividad material. En el mismo se profundiza en la tipología de las distintas formas de inactividad. Sobre la inactividad formal o silencial, como él la denomina, apenas le dedica en este momento un párrafo. En cambio, nos muestra diversas manifestaciones de inactividad material: a) la no producción de un acto administrativo; b) el no dictar normas o disposiciones de carácter general; c) la no creación de órganos administrativos; d) la no prestación de servicios públicos; e) el no ejercicio de acciones para la defensa de derechos e intereses que tiene encomendados la Administración; f) la no ejecución de las sentencias de los tribunales. A la vista de todo ello propone la siguiente sistematización de los diversos tipos de inactividad administrativa. Así habría la ya aludida inactividad formal, a la que se añadiría la inactividad material negativa (que podría ser jurídica o fáctica dependiendo de si presupone o no la existencia de un acto administrativo previo), la inactividad material positiva (cuando la Administración no quiere dejar de realizar actividades ilegales) y inactividad de efectos trilaterales (cuando los efectos de la inactividad repercuten en terceros).

Además, en este fundamental trabajo se constatan los pocos avances de la jurisprudencia en el control de la inactividad, por cuanto los tribunales siguen anclados mayoritariamente en la teoría del silencio administrativo, al mismo tiempo que pone de relieve una asunción

---

<sup>446</sup> Vid. de este autor "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, pp. 11-64.

acrítica por la mayoría de la doctrina de la metodología planteada por NIETO un cuarto de siglo antes. Con todo se advertía que "se ha tomado, al menos, conciencia de la gravedad del problema y de las consecuencias de una actitud pública incongruente, que, al mismo tiempo que asfixia a los ciudadanos con sus intervenciones y los deslumbra con sus promesas y compromisos de renovación social, incumple descaradamente sus obligaciones, cuando se las exige con rigor a los particulares <sup>447</sup>."

Más recientemente (1995) el profesor NIETO ha vuelto a retomar el tema de la inactividad administrativa en un trabajo donde precisa diversos aspectos mantenidos anteriormente <sup>448</sup>. Así distingue entre inactividad formal (silencio dentro de un procedimiento administrativo), inactividad material originaria que también denomina inactividad prestacional, es decir no realización de la actividad o prestación independientemente de un procedimiento administrativo y inactividad resistencial o no cumplimiento de sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos. En este momento vuelve a insistir en la necesidad de un planteamiento global, no centrado exclusivamente en el silencio y en la ejecución de sentencias como únicos remedios de la inactividad <sup>449</sup>. Se corrigen además, incorporando nuevos matices, algunos planteamientos defendidos anteriormente. En este sentido se señala que la inactividad material no se convierte en formal, a través de una solicitud, sino que se añade a la anterior inactividad material una nueva inactividad formal o procedimental.

En definitiva, esta construcción doctrinal marca un punto y aparte en el estudio de la inactividad administrativa, superando la estrecha visión con la que hasta entonces había sido

---

<sup>447</sup> Vid. "La inactividad material..." *op. cit.* p. 63.

<sup>448</sup> Vid. de este autor "La inactividad de la Administración" en *Ponències del Seminari de Dret Local. Setena edició del Seminari (Curs 94-95)*, Ed. Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1996, pp. 173-204.

<sup>449</sup> Así en este trabajo se señala que: "Sin desconocer, desde luego, la importancia que tienen estos tratamientos procedimentales, creo que no es ésta la vía más fértil y - con la misma modestia que hace casi treinta años y todavía con mayor tenacidad - me permito insistir en que para dominar técnicamente la cuestión de la inactividad administrativa es imprescindible levantar la vista por encima de las relaciones procedimentales y tratar de hacer de un planteamiento global porque, conforme se ha repetido, el silencio y la ejecución de sentencias son técnicas utilísimas e imprescindibles para reducir o controlar la inactividad de la Administración, pero no las únicas." Vid. de este autor "La inactividad de la Administración" en *Ponències... op. cit.* p. 201.

examinada por la mayoría de los autores. Con todo, se constata a lo largo de los diversos trabajos una evolución del propio autor quien va perfilando las diversas clasificaciones propuestas, fruto de una constante reflexión en torno a una problemática tan amplia y tan compleja. A partir del análisis efectuado por NIETO GARCÍA, algún autor ha propuesto, además, una tipología o clasificación de las diversas formas de inactividad que si bien presenta diferencias sistemáticas, mantiene en lo esencial el esquema clásico de trabajo <sup>450</sup>. En la línea de intentar aportar alguna reflexión sobre el tema, entendemos que se suscitan diversas consideraciones en relación a la metodología y el análisis propuesto por NIETO GARCÍA, sobre las que deben avanzarse <sup>451</sup>.

El eje principal de la clasificación de las diversas formas de inactividad, comúnmente aceptada, parte de la existencia o no de un procedimiento administrativo y por ello se habla de inactividad formal *versus* inactividad material. Tal perspectiva supone, sin lugar a dudas, un punto de partida importantísimo, para avanzar hacia un planteamiento global de las repercusiones jurídicas del fenómeno de la inactividad. Al mismo tiempo se desmarca de las situaciones meramente procedimentales que han venido centrando, de forma preferente, la atención de la doctrina. Ahora bien, y es curioso señalarlo, para realizar este planteamiento global se toma como eje de la clasificación, precisamente, al procedimiento administrativo. Sin negar la extraordinaria importancia de este planteamiento, y una vez advertida la necesidad de formular una aproximación más amplia del fenómeno de la inactividad, quizás sería más conveniente, en la actualidad, desplazar el eje de la clasificación hacia otros planteamientos o instituciones, de carácter más globalizador. En este sentido, según veremos en epígrafes sucesivos de este trabajo, quizás fuera necesario acudir a los diversos tipos de

---

<sup>450</sup> En este sentido Marcos GÓMEZ PUENTE siguiendo la dicotomía tradicional entre inactividad formal e inactividad material, distingue dentro del primer gran bloque las siguientes tipologías: inactividad normativa, inactividad convencional e inactividad singular o procedimental. *Vid.* de este autor *La inactividad de los poderes públicos... op. cit.* pp. 310-311.

<sup>451</sup> Como señala el propio NIETO GARCÍA: "La ciencia del Derecho - y quizás todos los afanes científicos - deben entenderse como una interminable partida de ajedrez que va continuándose de generación en generación. Cada autor se encuentra con las piezas en una determinada posición y, desde ella, ha de realizar en su vida una sola jugada - si es muy tenaz, quizás dos o tres movimientos - para ceder su puesto al siguiente." *Vid.* su *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid.

actuación que debe ejercitar la Administración pública, o dicho de otro modo partir de un análisis funcional para estudiar precisamente el fenómeno opuesto que es la inactividad. Parece lógico pensar que los mecanismos de respuesta ante la inactividad habrían de ser distintos o al menos tener efectos diferentes según el tipo de función que deba ejercitarse, y ello con independencia de la existencia o no de un procedimiento administrativo.

Debe añadirse que la dicotomía entre inactividad formal e inactividad material queda en cierta medida relativizada, según el mismo autor reconoce, al darse en muchos casos una imbricación o superposición entre ambos tipos de inactividad. La imbricación de ambas formas se pone de relieve con la existencia de mecanismos jurídicos comunes para darles respuesta. Es significativo que en el trabajo que NIETO GARCÍA realiza en 1956 se señalan las medidas cautelares positivas como un remedio para prevenir los perjuicios causados por la inactividad de la Administración <sup>452</sup>. Ahora bien, una de las primeras medidas cautelares positivas que han adoptado recientemente los tribunales tiene como finalidad resolver los perjuicios causados por la denominada inactividad formal. El Tribunal ordena a la Administración que dicte una resolución motivada <sup>453</sup>. Es obvio que las medidas cautelares no pueden detenerse en la mera obligación que dirigen los tribunales de dictar un acto

---

<sup>452</sup> Ello se realiza mucho antes que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA iniciara y pusiera de candente actualidad *La batalla por las medidas cautelares*, título de la recopilación de sus trabajos más conocidos, publicados como monografía por la Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1995.

<sup>453</sup> Así el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 acordó: "Sin perjuicio de otras medidas cautelares que posteriormente puedan ser acordadas, acuerda ahora el Tribunal, con el carácter de medida cautelar positiva, requerir a la Administración autora de los actos recurridos para que, en el plazo de treinta días hábiles, dicte nueva resolución expresiva: 1º) de los motivos de fondo, si los hubiere, determinantes de la denegación acordada en dichos actos; 2º) de la conexión de ellos con el valor seguridad de personas y bienes; y 3º) del carácter subsanable o insubsanable de las deficiencias apreciadas." Este Auto aparece reproducido en el trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1995, pp. 238-241. En este incidente cautelar el recurrente solicitaba originariamente como medida cautelar positiva la inscripción de su empresa en el Registro de Entidades de Inspección y Control Reglamentario de la Dirección de Administración industrial del Gobierno Vasco. La eventual concesión de las medidas que solicitaba el recurrente consideramos que escapa de la naturaleza propia del incidente cautelar, teniendo un carácter satisfactivo propio de la ejecución provisional o definitiva. Sobre este punto ya nos pronunciamos anteriormente en: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje del profesor Jesús González Pérez*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 1.705-1.706.

administrativo, pero no es menos cierto que pueden ser un mecanismo importantísimo para solucionar ambos tipos de inactividades. De esta forma, si bien es cierto que "el acto administrativo es, con frecuencia, un mero arbitrio técnico que pasa desapercibido a los ciudadanos que reciben la prestación material propiamente dicha" <sup>454</sup>, también es verdad que en muchas ocasiones lo que simplemente demanda el ciudadano es que le expliquen o le razonen el porqué no puede obtener determinada prestación. La existencia tempestiva de un acto administrativo puede evitar pleitos y sinsabores a los eventuales recurrentes. Es por ello que si bien el acto administrativo debe dejar de ser el centro del problema de la inactividad, superando definitivamente la doctrina del acto previo, también no es menos cierto que aún cumple un importantísimo papel.

Asimismo, cabe señalar que el problema de la denominada inactividad formal no se reduce al examen del silencio administrativo <sup>455</sup>. Los remedios a la inactividad no deben ser concebidos únicamente *a posteriori*, es decir una vez transcurridos los plazos para resolver el procedimiento, sino esencialmente *a priori*, posibilitando que la Administración pueda cumplir cuantas más veces sea posible a los plazos que le marca la legislación. El ciudadano ha de disponer de técnicas jurídicas que le permitan colaborar en la impulsión del procedimiento, a la vez que debieran establecerse mecanismos que remediaron y superaran los obstáculos en la tramitación. A veces el instructor del procedimiento, pese a haber cumplido fielmente sus obligaciones se ve imposibilitado para llevar a buen puerto las actuaciones practicadas en un plazo razonable. El silencio habría de ser el último mecanismo a disposición del particular para superar la inactividad de la Administración. Es por ello que debe profundizarse en el análisis de los diversos tipos de procedimiento. En este sentido la legislación de procedimiento administrativo si bien puede haber regulado con mayor o menor acierto el tema de la inactividad, ha tenido el mérito de obligar a las Administraciones públicas a examinar los numerosos procedimientos que son de su competencia y examinar

---

<sup>454</sup> Vid. su trabajo de 1995.

<sup>455</sup> Así el propio profesor Alejandro NIETO GARCÍA llega a hablar de "inactividad formal o silencial", señalando que "su tratamiento legal es el llamado silencio administrativo". Vid. de este autor "La inactividad material..." *op. cit.* p. 21.

los plazos y los efectos que en cada uno de ellos produce la inactividad <sup>456</sup>.

Cabe advertir, además, que la denominada inactividad formal no se limita, en determinadas ocasiones, a producir efectos meramente procedimentales, sino también de carácter sustantivo, incidiendo en la situación jurídica de las diversas partes en presencia y, por tanto, en los derechos e intereses de los ciudadanos así como en los poderes que debe ejercitar la Administración pública. Tómese como ejemplo significativo el caso del silencio positivo o de la prescripción. Por este motivo, consideramos necesario profundizar en la influencia que produce el transcurso del tiempo en el ejercicio de las potestades administrativas y en qué medida estas situaciones de inactividad consolidan la posición jurídica del ciudadano, adquiriendo con el tiempo derechos que la Administración debe respetar. Por ello quizás sería apropiado substituir el binomio inactividad formal-inactividad material por el de inactividad jurídica-inactividad material. Esta inactividad jurídica comprendería la inactividad formal en sentido estricto, esto es la que únicamente afecta al procedimiento, y la inactividad substantiva, esto es aquella que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones de las diversas partes en presencia.

La perspectiva que la doctrina ha venido proponiendo en los últimos años para el análisis de la inactividad se centra fundamentalmente desde el tema del control jurisdiccional <sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Así en la Resolución de 20 de marzo de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado (BOE 87, de 10 de abril de 1996, suplemento) se establece la siguiente tipología de procedimientos:

- Autorizaciones
- Responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa
- Gestión financiera y contratación administrativa
- Gestión de recursos humanos
- Sancionadores
- Prestaciones Sociales
- Revisión de actos
- Subvenciones y ayudas
- Gestión Tributaria

<sup>457</sup> Así es bastante significativo el título del primer trabajo de NIETO GARCÍA: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo". En el segundo se finaliza el estudio con un significativo epígrafe "Conclusión: esquema procesal". Mientras que el tercero se dedica principalmente al análisis de la denominada "inactividad resistencial", es decir sobre la inejecución por la Administración de las

Criterio que si bien es de indudable importancia, debe ser complementado también desde el examen de posibles alternativas que permitan dinamizar la actuación administrativa y evitar en la medida de lo posible el litigio. La solución al problema de la inactividad no está exclusivamente en los tribunales de justicia, incapaces por el momento de imponerse con contundencia a la Administración para que ésta cumpla la legalidad, sino también y en mayor medida en evitar acudir a ellos. En este sentido procede un cambio de mentalidad del legislador y de la Administración que hasta ahora se limitan en abocar sistemáticamente al ciudadano a costosos procesos para obtener un trozo de papel (la sentencia) donde se le reconoce su derecho pero no encuentra la satisfacción del mismo <sup>458</sup>. El problema es más relevante dado las constantes dilaciones, debidas o indebidas, que representan los procesos jurisdiccionales. El particular inserto en un mundo en constante evolución y profundas transformaciones necesita solucionar sus problemas con la Administración en unos plazos relativamente cortos, so pena de perder el tren del progreso. ¿De que le sirve a un particular que un tribunal de justicia le diga después de varios años que tenía toda la razón si ya ha perdido las expectativas que había depositado en la realización de un negocio o de una determinada actividad?

En este sentido el silencio positivo es un mecanismo, pensado, en principio para evitar que el particular acudiera al juez administrativo. Ahora bien, en la práctica el silencio positivo sigue abocando, paradójicamente, al particular a los tribunales de justicia, pese a que la legislación procesal no contemplaba en principio tal posibilidad, o bien generando sangrantes situaciones de indefensión. Ello ha producido, en los últimos tiempos una grave situación de inseguridad jurídica, pues el particular beneficiado por el silencio positivo podía verse

---

sentencias de los tribunales ordinarios. Si bien este autor acaba también denunciando el hecho de que "para la doctrina y la jurisprudencia absolutamente dominante, la cuestión de la inactividad administrativa únicamente admite un tratamiento procesal: o la solución es en vía administrativa o la solución es en vía jurisdiccional."

<sup>458</sup> Son bastante significativas las palabras del Defensor del Pueblo cuando se señala que la actitud de la Administración de permanecer inactiva "lanza sobre el peticionario o reclamante la carga de accionar jurisdiccionalmente y le somete a los tiempos y costes que ello entraña y en definitiva a la espera de una sentencia cuya ejecución no es siempre fácil de conseguir; o en último término la valoración de las anteriores circunstancias hace desistir al ciudadano de sus propósitos, replegándole en un sentimiento de irritación profunda y frustración ante lo que considera una injusticia notoria y un abuso de poder." *Vid.* de esta Institución el *Informe anual 1989 y debates en las Cortes Generales I. Informe*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1990, p. 91.

expuesto a una acción represora que era la recurrida por el particular afectado. Esta situación se ha querido solventar, con mayor o menor acierto, potenciando el aspecto seguridad jurídica frente al de legalidad administrativa en la reforma de 1992 sobre el procedimiento administrativo. Ahora bien, pese a las loables intenciones del legislador de resolver el problema de la inactividad administrativa continua siendo una asignatura pendiente <sup>459</sup>. Todo ello quizás pone de relieve que el silencio positivo no es el medio más efectivo para dinamizar la actividad de la Administración y evitar el litigio ante los jueces. Tal conclusión no descarta un necesario examen de la institución, por cuanto permite ver sus limitaciones pero también sus ventajas o al menos las alternativas que en torno a él dispone el juristas y el legislador.

La inactividad es un fenómeno que no debe ser considerado aisladamente, sino que debe ponerse en relación con otro tipo de factores. En realidad puede hablarse en muchas situaciones de la concurrencia de un hecho jurídico de naturaleza compleja como es la propia inactividad unida al transcurso del tiempo. De tal situación fáctica pueden derivarse distintas consecuencias jurídicas, atendiendo a la relevancia que quiera otorgarse en cada supuesto al elemento temporal. En ocasiones el tiempo es solamente una medida de duración de poderes, derechos y obligaciones, de acuerdo con el conocido brocardico latino *tempus non est modus constituendi vel dissolvendi iuris*. Otras veces, en cambio, el elemento temporal se convierte en un elemento constitutivo de tales categorías jurídicas. Tal punto de análisis es relevante, por cuanto la inactividad unida al transcurso del tiempo produce en unas ocasiones efectos automáticos, mientras que en otros casos la presencia de determinados intereses públicos, comporta una mayor atenuación en la producción de tales efectos. Cabe decir, además, que no sólo es necesario que la Administración actúe cuando está obligada a hacerlos, sino que además lo haga dentro de un tiempo adecuado a las necesidades de la sociedad y los ciudadanos. En las páginas siguientes de este trabajo, iniciaremos el estudio de la inactividad y de los efectos del transcurso del tiempo, desde las perspectivas que hemos venido

---

<sup>459</sup> Como ha señalado NIETO GARCÍA, Alejandro: "[...] de ordinario los molinos de la Administración y de la reforma administrativa meten mucho ruido, pero al final dan muy poca harina y todo continúa como estaba antes." *Vid.* de este autor "Reforma administrativa..." *op. cit.* p. 126.

apuntando.

## 2.- Las diversas clasificaciones de la actividad administrativa como punto de partida para la formulación de una tipología en el estudio de la inactividad administrativa

Las diversas clasificaciones de las formas de actividad administrativa son el resultado de un largo proceso histórico que ha ido evolucionando al compás de las transformaciones que ha ido experimentando la Administración pública y el Derecho administrativo. Ante estas transformaciones la doctrina ha puesto su empeño en clasificar y sistematizar los diversos tipos de actividad administrativa.

La primera teorización de la actividad administrativa se produce en torno a la idea de policía<sup>460</sup>, como una variante de la *iurisdictio* medieval. La necesidad de fortalecer el poder del monarca y de buscar procedimientos rápidos y expeditivos irá substantivizando este concepto, llegándolo a oponer a la noción de jurisdicción en la célebre dicotomía gubernativo-contencioso<sup>461</sup>. Con el concepto de policía se viene a identificar todo lo relativo al buen gobierno y a la administración interior. No obstante, progresivamente este concepto irá reduciéndose hasta el campo del orden público y la seguridad ciudadana. Para paliar estas limitaciones se acuñará la distinción entre policía general y policías especiales. En estas construcciones estará omnipresente el concepto de autoridad o *imperium* sobre el cual descansará toda la actividad administrativa. Surge, por tanto, la distinción entre autos de autoridad y autos de gestión, quedando éstos últimos, en cuanto no suponen ejercicio de

---

<sup>460</sup> Sobre la noción de policía administrativa *vid.* fundamentalmente los trabajos de: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional" en *REDA* 29, abril-junio 1981, pp. 287-305; y NIETO GARCÍA, Alejandro: "Algunas precisiones sobre el concepto de policía" en *RAP* 81, septiembre-diciembre 1976, pp. 35-75.

<sup>461</sup> Esta dicotomía es llevada hasta sus últimos extremos por el profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE: *Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Ed. IEA, Madrid, 1971. Este autor lleva a sostener la existencia en España durante el Antiguo Régimen de una neta separación - orgánica y funcional - entre los Poderes del Estado. Este trabajo, con todo, tiene la importancia de poner de relieve la importancia de esta dicotomía y la existencia de cierta continuidad entre las instituciones del Antiguo Régimen y las surgidas a raíz la Revolución francesa.

poder, excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A comienzos de siglo, algunos autores ponen en cuestión el concepto de soberanía y advierten que desaparece el sistema de Derecho público fundado en la noción de poder <sup>462</sup>. El Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que también tiene grandes deberes que cumplir. Surge entonces la idea de servicio público, teorizada fundamentalmente en la obra de Léon DUGUIT y los juristas de la Escuela de Burdeos (JÈZE, BONNARD, etc). A través de esta categoría general, el servicio público, se construye una forma de legitimación o de justificación de la intervención pública. Esta noción está fuertemente inspirada en los valores de solidaridad social, utilidad pública e interés general. A través de ella se definirá todo el Derecho administrativo y los conceptos más importantes de esta disciplina (acto administrativo, contrato administrativo, agente público, dominio público, obra pública, etc.). Tales tesis darán lugar a un importante debate, en el cual su mayor adversario será el Decano de Tolouse, Maurice HAURIUO <sup>463</sup>. Este autor pone de relieve como la idea de servicio público no supone una desaparición de la *puissance publique*, sino que desde que una iniciativa privada se transforma en servicio público aparece la idea de poder que sigue siendo el eje del Derecho administrativo. En todo caso, esta discusión doctrinal puso de relieve que la actuación de una Administración pública dentro de un Estado cada vez más intervencionista no se limita al ejercicio de la autoridad o el poder sino que su ámbito se amplía también a las posibles exigencias o pretensiones de un ciudadano dirigidas a obtener una prestación favorable. La existencia de deberes públicos llega a plantear al Comisario M. ROMIEU si los interesados tienen derecho a exigir la intervención de la Administración a través de servicios públicos (Asunto *Croix de Segney-Tivoli*, 21 de diciembre de 1906).

---

<sup>462</sup> Vid. DUGUIT, Léon: *Las transformaciones del Derecho público*, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1926.

<sup>463</sup> Una muestra significativa de la posición de Maurice HAURIUO lo constituye el prefacio de su *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, 11ª edición, 1927, titulado precisamente "El poder público y el servicio público". Este texto lo hemos consultado en HAURIUO, Maurice: *Obra escogida*, traducción de Juan A. SANTAMARÍA PASTOR y Santiago MUÑOZ MACHADO, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 117-124.

La recepción en el Estado español de las tesis del servicio público se realizan durante unos períodos caracterizados por su fuerte componente autoritario o dictatorial, "en un contexto de ausencia de libertades y derechos fundamentales" <sup>464</sup>. La necesidad doctrinal de limitar los poderes de la Administración, comporta un examen centrado fundamentalmente en las garantías y la posición jurídica del usuario, descuidando el aspecto legitimador de la acción del Estado. Se habla, por tanto, de concepto "estricto" de servicio público, siendo una forma más de actividad conjuntamente con la policía administrativa. En la misma se encuadrarán, bajo los confusos conceptos de "actividad privada de interés general" o "actividad reglamentada", determinadas actividades que tienen un carácter eminentemente prestacional <sup>465</sup>. Sin duda, la necesidad de no proporcionar elementos legitimadores al Estado que le otorgaran poderes más intensos sobre los ciudadanos, implica una relativización de la noción de servicio público, identificada con actividades en régimen de monopolio. Por otra parte, es lógico que en los Estados autoritarios no marxistas dieran una importancia relativa a la teoría del servicio público, dada su conexión con los valores democráticos y sociales <sup>466</sup>. Como advierte MODERN la noción de servicio público en el pensamiento jurídico español e italiano (donde existían regímenes autoritarios en el momento de su recepción) no tiene una

---

<sup>464</sup> Vid. MALARET GARCÍA, Elisenda: "Le droit administratif espagnol..." *op. cit.* p. 101.

<sup>465</sup> Vid. MALARET I GARCIA, Elisenda: "Le service public: services publiques, fonction publique, garantie des droits fondamentaux (Une notion souple et polyvalente: légitimité de l'action publique vs. garantie des droits des usagers)" (document provisoire) en *Citizenship and public services: The legal framework*, Firenze 2-3 de febrero de 1996.

<sup>466</sup> Es bastante significativo el título de un trabajo de Adolfo POSADA: "La democracia y el servicio público en el régimen municipal" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 127, julio-agosto 1915, pp. 38-53, publicado también en *Escritos municipalistas y de la vida local*, Ed. IEAL, Madrid, 1979. También es relevante que León DUGUIT, el creador de la teoría del servicio público, fuera acusado de marxista, habiéndose constatado su influencia en los primeros años de la Revolución rusa. Es curioso señalar que Fidel CASTRO en su defensa durante el proceso a que se le sometió por el asalto al Cuartel Moncada, empezara citando a DUGUIT. No obstante, este último también fue acusado de fascista o prefascista por otros autores. Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis: "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica" en *RAP* 100-102, enero-diciembre 1983, p. 2.486. Estas lecturas ambivalentes de las tesis de León DUGUIT son quizás uno de los motivos que explican su recepción parcial desde los Estados autoritarios de corte fascista (Italia y España), habiendo sido prácticamente nula, en cambio, en la Alemania nazi.

importancia comparable a la que tuvo en su país de origen, Francia <sup>467</sup>.

La dicotomía entre actividad de policía y actividad de servicio público es asumida por la doctrina española hasta finales de los años 40. En este momento se publica un trabajo del profesor Luis JORDANA DE POZAS que tiene un éxito sin precedentes en la clasificación de las distintas formas de actividad administrativa <sup>468</sup>, sin duda por las repercusiones didácticas que generó en diversas generaciones de estudiantes <sup>469</sup>. La novedad de este planteamiento es dotar de substantividad al fomento como actividad diferenciada de la policía y el servicio público, como una vía intermedia entre la inhibición y el intervencionismo del Estado. Se conecta esta posición con los ilustrados del siglo XIX <sup>470</sup>, en especial con Javier de BURGOS y su Ministerio de Fomento (1832) <sup>471</sup>, que da paso a su vez a la famosa

---

<sup>467</sup> Vid. MODERN, Franck: "Analyse comparative des conceptions du service public en Europe: l'organisation et la régulation de l'industrie électrique" en STOFFAËS, Christian (Ed.): *L'Europe à l'épreuve de l'interet general*, Ed. ASPEurope, Col. I.S.U.P.E., París, 1994, p. 61.

<sup>468</sup> Vid. de este autor: "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo" en *REP* 48, noviembre-diciembre 1949, pp. 41-54.

<sup>469</sup> Como el mismo autor aclara "la introducción de este nuevo capítulo (la actividad de fomento) permite que la llamada parte especial o materia administrativa (que sigue a la parte general y a la organización) se libere de la fatigosa, antipedagógica y anticientífica exposición del derecho positivo según las materias o fines (sanidad, religión, beneficencia, economía, comunicaciones, defensa nacional, etc.). Vid. "Ensayo de una teoría del fomento..." *op. cit.* p. 54.

<sup>470</sup> Esta conexión es puesta significativamente de relieve por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE en "In Memoriam" que dedica la *RAP* 103, p. 6, a la figura del profesor Luis JORDANA DE POZAS.

<sup>471</sup> Una de las primeras medidas del Gobierno AZNAR ha sido la recuperación de la denominación de Ministerio de Fomento a través del RD 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales (BOE 110, de 6 de mayo de 1996). Este nuevo Ministerio substituye parcialmente al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, cuya desaparición se formaliza a través de la Corrección de errores (!?) del citado RD 758/1996 (BOE 112, de 8 de mayo de 1996). Cabe advertir que el nombre de Ministerio de Fomento fue introducido en el siglo pasado "previando el inconveniente que en el ánimo de Fernando VII y de sus consejeros más tradicionalistas podría suponer el recuerdo de los ministerios del Interior y de la Gobernación del Gobierno intruso y del revolucionario o liberal". Vid. GUAITA MARTORELL, Aurelio: "La competencia del Ministerio de Fomento (1832-1931)" en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Ed. INAP, Madrid, 1984, p. 352. Sobre los orígenes de este Ministerio vid. también NIETO GARCÍA, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado...* *op. cit.* pp. 211-219.

*Instrucción a los Subdelegados de Fomento de 30 de noviembre de 1833*<sup>472</sup>. Hay que tener presente que uno de los primeros trabajos con que se inicia JORDANA DE POZAS en el estudio del Derecho administrativo lleva por título precisamente *Ensayo sobre la Administración consultiva de fomento en España* (Zaragoza, 1917). Lo cierto es, sin embargo, que cuando en el XIX surge la idea de fomento, ésta se maneja en un sentido muy distinto del actual: El fomento carecía de valor técnico como actuación y era entonces simplemente el fin mismo de la actividad administrativa.<sup>473</sup> Se enmarca, por lo demás, en períodos autoritarios de "despotismo ilustrado"<sup>474</sup>, siendo rechazado al menos de forma general por los escasos períodos revolucionarios<sup>475</sup>.

El desarrollo espectacular del fomento en cuanto categoría doctrinal, hasta el punto de adquirir en nuestro sistema el "rango" de forma de actividad, se explica probablemente por el contexto social e institucional en el cual formula su teoría JORDANA DE POZAS. En aquel entonces nos encontrábamos ante una Administración y una sociedad profundamente debilitadas por las consecuencias de una brutal Guerra civil y por los desastrosos costes de una política autártica fruto del aislacionamiento internacional. Se intenta reparar, de alguna forma, la profunda fisura existente entre Estado y sociedad civil. El propio JORDANA DE POZAS advierte que: "La policía es la modalidad administrativa más propia del antiguo

---

<sup>472</sup> Esta Instrucción puede consultarse en la edición de Antonio MESA SEGURA: *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Ed. IEAL, 1946, pp. 156-196.

<sup>473</sup> Vid. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: "Sobre el concepto de fomento" en *RAP* 1954, septiembre-diciembre 1967, p. 54.

<sup>474</sup> Recuérdese que parte de la obra de Javier de BURGOS se produce en plena "década ominosa", en la que Fernando VII había abolido el constitucionalismo surgido de Cádiz.

<sup>475</sup> Es significativo a tal efecto, la Exposición de Motivos del Decreto de Gobernación (Sagasta) de 27 de noviembre de 1868, sobre unas ayudas solicitadas por unos Ayuntamientos: "El mal es notorio, y el remedio se hace cada día más urgente; pero ni el Gobierno cuenta con los cuantiosos recursos que al efecto son indispensables, ni es el Estado el que en buenos principios de Administración ha de constituirse en directo y único reparador de las calamidades públicas. Es preciso que los pueblos se acostumbren a no buscar siempre en el Gobierno el remedio de todos sus males, a tener confianza en sus propias fuerzas, y a estar preparados, por medio de asociaciones y de instituciones de crédito, contra las crisis que puedan sobrevenir." Vid. al respecto: NIETO GARCÍA, Alejandro: "La Administración y el Derecho administrativo durante el Gobierno provisional..." *op. cit.* pp. 86-87. El Ministerio de Fomento desaparecerá precisamente con la II República española, pasándose a llamar de Obras Públicas. Vid. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de Ciencia de la Administración I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 183.

régimen; el fomento es la más adecuada para el Estado liberal y el servicio público es el modo predilecto del Estado intervencionista. Mas se trata del predominio de uno u otro sistema, sin exclusión de los demás <sup>476</sup>." La incapacidad del Estado para llevar a cabo la política de servicios públicos que demandaba el país y la insuficiencia de la sociedad para poder llevar a cabo tales actividades, lleva al punto de buscar una línea intermedia: el fomento. Se trata además de buscar la colaboración de la sociedad civil con el régimen, a través de medios no imperativos. Así "el fomento protege y promueve *sin hacer uso de la coacción*", es "una acción suasoria y estimulante ejercida desde el poder sobre el ánimo de los gobernados para determinarles, *sin usar de la fuerza*" <sup>477</sup>. Se pretende realizar determinadas actividades con medios no imperativos, pero sin los enormes costes que puede generar una política exclusiva de servicios públicos. Nótese que los medios de fomento que entonces se teorizan no son exclusivamente económicos, sino también jurídicos y honoríficos <sup>478</sup>.

El éxito de este planteamiento no es sólo doctrinal, sino también legislativo, de tal forma que esta trilogía se llega a recoger en diversas normas positivas. Así llega a tener cabida en los textos "constitucionales" de la época. En efecto, la Ley de 17 de mayo de 1958, de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, en su principio décimo, "prescribe que la iniciativa privada deberá ser *estimulada* (fomento), *encauzada* (policía) y, en su caso, *suplicada* (servicio público) por la acción del Estado <sup>479</sup>." Pero es fundamentalmente el RSCL quien monta su misma estructura en torno a esta clasificación, contra el planteamiento de

---

<sup>476</sup> Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: "Ensayo de una teoría..." *op. cit.* p. 49.

<sup>477</sup> Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: "Ensayo de una teoría..." *op. cit.* p. 46.

<sup>478</sup> Así en los medios honoríficos lo esencial no son las ventajas jurídicas o económicas, las cuales "se consideran accesorias" sino "el enaltecimiento social del beneficiado". Mientras que los medios jurídicos "se caracterizan por el otorgamiento de una condición privilegiada que, de modo indirecto, representa ventajas económicas o de seguridad". Vid. JORDANA DE POZAS, Luis: "Ensayo de una teoría..." *op. cit.* pp. 52-53.

<sup>479</sup> Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: "Las licencias en la legislación local" en *REVL* 107, septiembre-octubre 1959, p. 647, nota 4.

alguno de los miembros de la Comisión que elaboró el Anteproyecto <sup>480</sup>. Así para Fernando ALBI CHOLBI "las subvenciones no son otra cosa que un modo de gestión de servicios, entre las diversas fórmulas que pueden utilizar las entidades administrativas" <sup>481</sup>. La doctrina, no obstante, acogerá mayoritariamente la sistemática de JORDANA DE POZAS. Esta es, por ejemplo, la posición del profesor Fernando GARRIDO FALLA, cuyo *Tratado de Derecho administrativo* y en especial su segundo volumen, tuvo una influencia extraordinaria en el estudio de la asignatura <sup>482</sup>.

No obstante, la trilogía acuñada por JORDANA DE POZAS pronto se mostró insuficiente para describir el conjunto de actividades que realizan las Administraciones públicas. Es fundamentalmente a partir de un trabajo de VILLAR PALASÍ que no sólo se empieza a cuestionar el fomento como forma de actividad <sup>483</sup>, sino que se introduce una noción nueva a través de la "insuficiencia de la noción tradicional de servicio público" <sup>484</sup>: la dación de

---

<sup>480</sup> La redacción originaria que se formuló en el Anteproyecto del RSCL no incluía esta sistemática, sino que se limitaba a ser una regulación de las formas de gestión del servicio público. Según nos cuenta Fernando ALBI CHOLBI, miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto: "Al planteamiento inicial de la Ponencia, se le adicionó, con posterioridad un preámbulo - el Tít. I - de muy dudoso encaje en la tónica general del texto básico. La propia Ponencia contenía ya un estrambote - el actual Tít. IV - que hubo que adosarle y que tampoco guardaba demasiada relación con el texto mencionado." *Vid.* de este autor *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 62.

<sup>481</sup> *Vid.* ALBI CHOLBI, Fernando: *Tratado de los modos... op. cit.* p. 451. Criterio que había sido mantenido por el mismo autor con anterioridad a la promulgación del RSCL, en un trabajo anterior: "El servicio público municipal y sus modos de gestión" en *REVL* 35, septiembre-octubre 1947, pp. 881-885.

<sup>482</sup> Esta influencia es atestiguada por NIETO GARCÍA: "Su *Tratado de Derecho administrativo* cambió la idea que se tenía de la disciplina y durante muchos años los estudiantes y los funcionarios españoles han vivido fieles a este maestro, sin cuya obra no puede entenderse la renovación experimentada en las décadas de los cincuenta y de los sesenta por el Derecho administrativo, en su doble acepción de ciencia jurídica y de ordenamiento positivo." *Vid.* de este autor *34 artículos seleccionados... op. cit.* p. 196.

<sup>483</sup> Para VILLAR PALASÍ: "Quizás fuese más fructífero a los efectos de la sistemática jurídica de lo administrativo insertar la actividad de fomento - sobre todo en la actuación económica de la Administración - en el cuadro general de la Administración indirecta del Estado, y específicamente con la colaboración privada en los fines administrativos." *Vid.* "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo" en *RAP* 3, septiembre-diciembre 1950, p. 60, nota 7.

<sup>484</sup> Recordemos que la noción de servicio público que maneja VILLAR PALASÍ es la del denominado "servicio público estricto". *Vid.* "La actividad industrial..." *op. cit.* p. 111.

bienes al mercado. Por su parte el profesor PARADA VÁZQUEZ <sup>485</sup> añadió a la trilogía de JORDANA DE POZAS dos supuestos más: actividad sancionadora y arbitral. Esta clasificación pretende poner de relieve que el término policía o limitación se muestra incompleto para abarcar actividades como la sancionadora que solían incluirse en su ámbito, así como pone en evidencia la actividad arbitral en la cual la Administración cada vez ejerce un papel no lineal respecto a los ciudadanos, sino se erige en una posición muy parecida a la jurisdiccional.

En cualquier caso, cabe preguntarse si las nuevas categorías introducidas en los últimos años responden a criterios homogéneos respecto a las demás existentes. En el caso de la dación de bienes al mercado quizás estamos refiriéndonos a un ámbito material más en el que actúa la Administración pública, la economía, al igual que podría ser la sanidad, la educación, la protección social, el medio ambiente, etc. En cambio, el servicio público hace referencia a una forma de legitimación de la Administración pública que le permite la aplicación de un determinado régimen jurídico exorbitante de un contenido muy preciso para la consecución de determinadas finalidades de carácter prestacional. Por su parte, la actividad arbitral e incluso la sancionadora hacen referencia a una posición subjetiva de la Administración en relación a los particulares, se sitúa en una relación que presenta semejanzas a la función jurisdiccional. Por ello en un caso el elemento o aspecto relevante es el ámbito material (dación de bienes al mercado) en otro son los elementos que hacen referencia a las atribuciones y a los fines que tiene la Administración (servicio público) mientras que en otros supuestos el elemento a distinguir es la posición subjetiva (actividad arbitral y sancionadora).

Con todo debe advertirse el carácter relativo que ofrecen las diferentes clasificaciones y construcciones dogmáticas <sup>486</sup>. Piénsese que el mito de las categorías y clasificaciones

---

<sup>485</sup> Vid. de este autor *Derecho administrativo I (Parte General)*, 8ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 512-617.

<sup>486</sup> Así lo advertía CHENOT: "El Derecho es el arte de las buenas clasificaciones. ¡Arte ingrato! Porque es preciso recomenzar sin cesar este trabajo de análisis objetivo y estas síntesis pragmáticas. Hacerlo con tanto ardor y fe como si debiera expresar verdades eternas, pero no olvidar que estas nociones fundamentales y estas

requiere mayores matizaciones. Así, en muchas ocasiones actividades que calificaríamos *a priori* como de prestación se valen de técnicas de limitación o bien actividades que son calificadas como de limitación suponen, paradójicamente, la ampliación de la esfera de derechos e intereses del ciudadano. Por ello, se ha hablado desde siempre de la "intercambiabilidad de técnicas de actuación" <sup>487</sup>. Consideramos, por tanto, que las clasificaciones solamente serán útiles para el jurista en la medida que permita aproximarlos a un mayor conocimiento de la realidad y en la medida que permita extraer soluciones homogéneas para los supuestos de hecho insertos en las categorías tipificadas <sup>488</sup>. Es decir, que su inserción o no en una determinada categoría permita extraer consecuencias jurídicas diferentes.

### 3.- El concepto de función administrativa y sus elementos como superación de la clásica tipología de las formas de actividad

Según hemos visto en el apartado anterior la clasificación de las formas de actividad administrativa ha venido utilizándose con fines esencialmente didácticos y descriptivos, dada la dificultad de establecer categorías prescriptivas que pudieran ofrecer un régimen jurídico básico y homogéneo para categorías similares. Un autorizado tratadista llegó a señalar que "no obstante la importancia que el Derecho asume en relación a la acción administrativa debemos [...] excluir que una clasificación de las varias manifestaciones de la misma pueda

---

reglas generales [...] son las figuras de un juego de ajedrez que representan, interpretándolo, el conflicto de las fuerzas sociales." *Vid.* de este autor "L'existencialisme et le Droit" en *Revue française de Science Politique* 1953, p. 57.

<sup>487</sup> *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *Derecho administrativo económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pp. 62-63. En la nota bibliográfica que sigue se destaca que este problema ya era admitido en Otto MAYER.

<sup>488</sup> Como señaló el profesor José Antonio MANZANEDO MATEOS: "difícilmente las clasificaciones poseen tal grado de elaboración que puedan resultar omnicomprensivas de la progresiva creación de necesidades experimentadas, tratar de forzar los supuestos reales para que se amolden a categorías abstractas carecería de base científica; por ello las clasificaciones tienen orientación parcial y limitada, máxime en Derecho administrativo, donde la realidad proteica y multiforme, aparece dotada de una agilidad y fecundidad típicas de una rápida evolución." *Vid.* de este autor *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Ed. IEAL, Madrid, 1968, p. 106.

hacerse en base a un criterio jurídico <sup>489</sup>." Es por ello que el estudio de las formas de actividad ha quedado en la mayor parte de los casos relegada a la denominada Parte especial del Derecho administrativo. Sin duda la principal razón de este desinterés doctrinal trae causa de la concepción "liberal" con la que el Derecho administrativo ha sido estudiado en los últimos años <sup>490</sup>, es decir un Derecho casi exclusivamente de garantías, en el que el estudio de la dinamización de la actividad administrativa pasaba a un plano más bien secundario.

Sin embargo, los esfuerzos de algunos autores se han orientado en la necesidad de otorgar relevancia jurídica a las formas de actividad administrativa. Ello se ha realizado desde el concepto de "función administrativa" <sup>491</sup>. Término que presenta una pluralidad de significados, sin duda todos ellos correctos, de entre los cuales uno de ellos despierta mayor interés para el Derecho administrativo. Desde esta perspectiva función administrativa sería la "relevancia jurídica de una actividad globalmente considerada". Se trataría, en definitiva, de la actividad administrativa contemplada desde una perspectiva general que no estuviera limitada a un mero examen de la organización, el procedimiento y el acto. Estamos, por tanto, ante una categoría de la Parte General del Derecho administrativo.

El profesor Manuel BALLBÉ PRUNES esbozó en el año 1945 una sistemática alternativa al

---

<sup>489</sup> Vid. ZANOBINI, Guido: "Criteri di classificazione delle varie manifestazioni dell'azione amministrativa" en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico* 1954.

<sup>490</sup> Vid. CASSESE, Sabino: *Le basi del Diritto amministrativo*, 3ª ed., Ed. Garzanti, Milán, 1995, p. 123.

<sup>491</sup> Son más bien escasos en la doctrina española los estudios sobre la función administrativa. Entre los mismos pueden citarse: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: "Presupuestos constitucionales de la función administrativa..." *op. cit.*; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: "Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978" en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PREDIERI, Alberto (Eds.): *La Constitución española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 644 y ss. En cambio más desarrollo ha tenido entre los autores franceses, *vid.* por ejemplo TIMSIT, Gérard: *Le rôle de la notion de fonction administrative en Droit administratif français*, Ed. LGDJ, París, 1963; e italianos, *vid.* por ejemplo BENVENUTI, F: "Funzione amministrativa, procedimento, processo" en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1952, pp. 118 y ss; y CARNAVALE VENCHI, A.M.: *Contributo allo studio della nozione di funzione amministrativa*, Ed. Giuffrè, Milán, 1969.

estudio clásico de las formas de actividad, en torno al concepto de función <sup>492</sup>. Para este autor la Parte General del Derecho administrativo constituía el estudio de los elementos de la función, mientras que en la Parte Especial se estudiaban los diversas clases de funciones <sup>493</sup>. Estas funciones eran fundamentalmente: la ordenadora, la de prevención de medios, la teleológica y la atributiva. Dentro de la función teleológica encontraríamos la de intervención, la legitimadora, la de fomento, la ofertora y la de servicio público <sup>494</sup>. El prematuro fallecimiento del profesor BALLBÉ PRUNES le impide, no obstante, desarrollar y profundizar en la sistemática que entonces esboza.

No se pretende en este trabajo terciar en la polémica que sobre el concepto de Derecho administrativo ha venido ocupando a los autores más significativos, que han venido alinéandose en torno a concepciones subjetivas u objetivas <sup>495</sup>. Nada más alejado de nuestras intenciones. Probablemente ambas posiciones tengan razón y la divergencia se explique simplemente como dos formas de aproximación a una misma realidad desde perspectivas distintas. La concepción subjetiva permite, sin duda, el restablecimiento, que no separación de la distinción entre Estado y sociedad. Se evita, de esta forma, que la

---

<sup>492</sup> "La función administrativa técnicamente considerada, ha de ser definida como aquella actividad que en el Estado constituído ejercen órganos del mismo y de otros entes públicos subalternos, por actos concretos cuyo contenido lo integran relaciones de las que son sujetos, por las que proveen a la consecución de aquellos singulares intereses colectivos que asumen como propios de sus fines." *Vid.* BALLBÉ PRUNES, Manuel: "Concepto del dominio público" en *RJC* noviembre-diciembre 1945, p. 60 nota 74.

<sup>493</sup> "La división en Parte general y Parte especial ha de atender, pues, a este "principium divisionis": la Parte General ha de comprender todas y solas las instituciones relativas al "genus" función administrativa, y la Parte especial contener y deslindar las correlativas, en particular, a cada modalidad de la función." *Vid.* BALLBÉ PRUNES, Manuel: *Sistemática del Derecho administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, p. 6.

<sup>494</sup> En este sentido *vid.* BALLBÉ PRUNES, Manuel: *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947.

<sup>495</sup> Cabe advertir además que algún autor ha defendido la necesidad de un análisis funcional desde la concepción subjetiva. *Vid.* en este sentido a Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ: *El Derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 616: "Los criterios funcionales parten, lógicamente, de una previa adscripción subjetiva; de este modo, el punto de partida ha de situarse a nuestro juicio en las concepciones subjetivistas mayoritarias en el Derecho español. En este sentido, aquéllos completan o perfeccionan aquéllas; en definitiva, ante los problemas actuales del Derecho administrativo, los "criterios funcionales" toman una importancia creciente; como a continuación quiere ponerse de manifiesto, resulta conveniente aplicarlos una vez que la forma jurídica de la entidad (pública o privada) poco indica al respecto del régimen jurídico aplicable."

necesaria interrelación entre ambas realidades lleve a una confusión entre las mismas. Situación que sería peligrosa dado que la Administración es quien se sitúa en una posición de objetividad o imparcialidad, no predicable en cambio de los diversos sectores que componen la sociedad los cuales aspiran a satisfacer legítimamente sus intereses particulares. Por otra parte, las tesis objetivas, ponen de relieve la necesidad de estudiar la actividad de la Administración, no solamente desde la perspectiva del poder y de las garantías individuales, sino sobre todo desde la consecución del objetivo o misión que se encomienda a la Administración pública: la satisfacción de los intereses generales. Ambos aspectos son necesarios desde la perspectiva del Estado social por el cual ha optado nuestra Constitución. En cualquier caso, se pretende utilizar la noción de "función administrativa" desde un planteamiento meramente instrumental, con el objetivo de estudiar las conductas omisivas de la Administración pública y de intentar establecer una tipología de las diversas formas de inactividad.

Últimamente, parte de la dogmática alemana pretende polarizar el estudio del Derecho administrativo a través del concepto de relación jurídica, en un esfuerzo de renovación dogmática respecto al tradicional análisis doctrinal de las formas de actuación administrativa, planteamiento que ha sido asumido por alguna doctrina española <sup>496</sup>. En realidad, estamos ante un concepto elaborado por la pandectística alemana, que ha venido siendo utilizado por

---

<sup>496</sup> Así el profesor Santiago MUÑOZ MACHADO al hablar del Proyecto de LJCA señaló: "La expresión, la sustitución "actos" por "actividad". Supongo que también "actividad" es mejor que "acto" sin duda, porque es una expresión más extensa; pero habría que ver cómo se incorpora y si comprende en esa noción todos los supuestos a que dan lugar las relaciones jurídicas en las que interviene la Administración, porque ese es el concepto sobre el que está trabajando ahora toda la dogmática europea, y realmente ahí es donde habría que vincular la nueva expansión o el nuevo sentido del Contencioso; romper con el concepto de "acto" para sustituirlo no por el concepto "actividad", que no es un concepto jurídico conocido, que tenga una dogmática perfectamente delimitada, sino por conceptos que conozcamos y que estén más elaborados, y de ahí el de relación jurídica que es sobre el que más se está trabajando. No sé cómo pero es una idea para ese artículo." *Vid.* PÉREZ MORENO, Alfonso (Ed.): *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Universidad de Sevilla 10 y 11 de febrero de 1995, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 59. Pero sobre todo *vid.* el excelente trabajo de Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *La jurisdicción... op. cit.* pp. 125-138.

diversos autores clásicos tanto extranjeros <sup>497</sup> como españoles <sup>498</sup>. Concepto que para algunos autores constituye el eje central del Derecho, mientras que otros han mostrado su escepticismo sobre su utilidad y significado <sup>499</sup>.

En realidad el concepto de relación jurídica surge a través de la construcción teórica del ilustre jurista Friedrich Carl von SAVIGNY. Este autor, desde un contexto notoriamente contrarrevolucionario, concibe este nuevo concepto jurídico con un evidente carácter técnico, pero al mismo tiempo desde unas coordenadas políticas claras: "Se trata, de alguna manera, de insertar los derechos en un marco más amplio de carácter orgánico u organizado para condicionarlos y de este modo limitarlos <sup>500</sup>." Es significativo que en el ámbito específico del Derecho público y a través del concepto de relación jurídica se construye la distinción entre relaciones de sujeción general y de sujeción especial. Con esta distinción se dice que ciertos ciudadanos (funcionarios, presos, estudiantes, etc.) están sometidos a determinadas restricciones por lo que se refiere a sus derechos o en cuanto a la plena vigencia del principio de legalidad. Tal construcción teórica forjada, según hemos visto, por la doctrina germánica,

---

<sup>497</sup> De esta forma: "Sea Paul LABAND, Georg JELLINEK u Otto MAYER, sea Walter JELLINEK, Fritz FLEINER o Hans NAWIASKY, todos ellos y toda una serie de autores de la doctrina clásica trabajaron con la categoría de la relación jurídica." *Vid.* BAUER, Hartmut: "¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo" en *DA* 234, abril-junio 1993, monográfico "El Derecho administrativo en Alemania: Tendencias actuales (I)", p. 149.

<sup>498</sup> A título de ejemplo pueden citarse: GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1958. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 435-457; ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1965, pp. 495-501, así como en ediciones posteriores. También *vid.* SORIANO GARCÍA, José Eugenio: "Evolución del concepto de "relación jurídica" en su aplicación al Derecho público" en *RAP* 90, septiembre-diciembre 1979, pp. 33-78.

<sup>499</sup> "Mientras unos la ven (la relación jurídica) como concepto central, unidad jurídica fundamental y punto arquimédico del Derecho administrativo, otros, por contra, la consideran "más bien estéril y sin perfil", "el instrumento jurídico más carente de contenido que nunca haya sido ofrecido". La relación jurídica - así Hans MEYER en la reunión de profesores de Derecho del Estado celebrada en Tubinga - no conduce "a ningún incremento del conocimiento [...], razón por la cual debería dejarse de hablar de ella." *Vid.* BAUER, Hartmut: "¿Transformación radical..." *op. cit.* p. 140.

<sup>500</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

fue introducida en el Estado español fundamentalmente a partir de los años 50<sup>501</sup> y ha sido asumida acríticamente por la jurisprudencia, tanto de los Tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, que la ha llevado hasta sus últimos extremos. Sólo recientemente se han publicado dos monografías de extraordinario interés, las cuales desde perspectivas distintas persiguen evitar una expansión inadecuada de la categoría o su utilización inadecuada<sup>502</sup>. Desde la primera interpretación es urgente y necesario la construcción del concepto de relación especial de sujeción a través del concepto de relación jurídica. A través de la misma se excluyen determinadas situaciones que han sido incluidas como de especial sujeción por la jurisprudencia y se destacan la posición del particular frente a la Administración, que no es tan sólo de deber, sino también de poder<sup>503</sup>. Desde la segunda perspectiva, en cambio, las relaciones especiales de sujeción no tienen una definición abstracta que sea válida, pues su razón de ser no se encuentra en una categoría abstracta o genérica, sino en títulos jurídicos precisos que rigen en cada ámbito (disciplinario o correctivo, organizativo, etc.)<sup>504</sup>. En cualquier caso, ambas posiciones doctrinales nos permiten aproximarnos desde perspectivas diversas a unas determinadas situaciones jurídicas. En un caso poniéndose más énfasis en la posición jurídica del ciudadano frente a la Administración, mientras que en el otro se fundamenta más en la pluralidad de situaciones y fines que persigue en cada ámbito la Administración. Tales consideraciones formuladas al hilo de la dicotomía relaciones de sujeción general y de sujeción especial, tal vez puedan resultar útiles para resituar el papel de la relación jurídica en el contexto del estudio del Derecho administrativo.

---

<sup>501</sup> Vid. el fundamental trabajo del profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE: "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad" en *RAP* 34, enero-abril 1951, pp. 11-51.

<sup>502</sup> Vid. sobre la construcción dogmática de estos conceptos los excelentes trabajos del profesor Mariano LÓPEZ BENÍTEZ: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Universidad de Córdoba y Civitas, Madrid, 1994; y del profesor Iñaki LASAGABASTER HERRARTE: *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. IVAP y Civitas, Madrid, 1994.

<sup>503</sup> Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* *op. cit.* en especial pp. 170-171, bajo el significativo epígrafe de "Las consecuencias de la calificación de una relación como «relación jurídica»."

<sup>504</sup> Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *Las relaciones...* *op. cit.* p. 418.

El centrar el estudio del Derecho administrativo desde la perspectiva de la relación jurídica, sitúa en un plano relevante las posiciones jurídicas subjetivas, descuidando otros aspectos no menos relevantes de este Derecho <sup>505</sup>. Tal perspectiva relativiza, en definitiva, la misión fundamental que tiene asignada este ordenamiento peculiar: que la Administración satisfaga con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Esta misión se realiza fundamentalmente a través de las diversas actuaciones o funciones administrativas, las cuales pueden concretar determinadas relaciones jurídicas. El concepto de relación jurídica adquiere, por tanto, cierta relevancia a través del ejercicio de funciones administrativas, por cuanto permite señalar el conjunto normativo que es aplicable en el caso concreto <sup>506</sup>.

Adviértase que la evolución de la ciencia jurídica contemporánea ha pivotado básicamente sobre dos conceptos: a) el acto jurídico, en cuanto expresión de una declaración de voluntad, (sobre cuya importancia volveremos en el capítulo cuarto de este trabajo); y b) la relación jurídica, donde lo trascendente es la alteridad, la proyección a otro sujeto de esta declaración

---

<sup>505</sup> Así lo apuntaba Maurice HAURIUO en el Prefacio de la 7ª edición de su *Précis de Droit administratif et de Droit public* (1911): "[...] se debe retener aquí que el Derecho administrativo no está fundado únicamente en relaciones jurídicas. Sin duda, está penetrado por un importante tráfico jurídico, y nosotros seremos los primeros en reconocerlo; el tráfico que constituye la gestión de los servicios públicos alimenta el contencioso administrativo *ordinario*; y todo ello se encuentra ligado a la personificación jurídica de las administraciones públicas, a las que daremos una gran importancia. Pero también hemos de reconocer que, bajo esta capa de relaciones de tráfico jurídico existe una capa más primitiva de instituciones y estatutos. Estos diversos elementos, aunque de naturaleza diferente, se combinan armónicamente, porque el Derecho no es un sistema lógico, sino un aparato vital en el que se producen combinaciones prácticas." *Vid.* de este autor *Obra escogida*, traducción de Juan A. SANTAMARÍA PASTOR y Santiago MUÑOZ MACHADO, Ed. IAE, Madrid, 1976, p. 99.

<sup>506</sup> Son bastante significativas al respecto las palabras del profesor BALLBÉ PRUNES: "Poco ha ocupado la atención de los administrativistas discernir las modalidades de la función administrativa. Es, en cambio, evidente su interés: nada menos que hace posible discriminar y conocer el régimen peculiar de cada especie y, como consecuencia, que en cada caso de la vida real, mediante subsumir la actividad que lleve a cabo la Administración en el correspondiente tipo de función, se conozca ya, en esencia, el régimen mismo de la actividad de la Administración, con lo que quedan así relegados a un segundo término los textos positivos, que no son más que desarrollo o concreción de tal régimen jurídico." *Vid.* de este autor *Sistemática... op. cit.* p. 8.

de voluntad <sup>507</sup>. Por tanto, todo lo que no constituya una declaración voluntad o una proyección de la misma a otro sujeto, ha venido constituyendo un "indiferente jurídico" o a lo sumo una parcela de poco interés para el mundo del Derecho. Tal perspectiva pone en evidencia que el fenómeno de la inactividad y la importancia del tiempo en la actuación de las Administraciones públicas ha quedado condicionado por la dificultad de encasillarlos bajo estos dogmas o categorías.

Con todo, las tesis que apuestan decididamente por dar un papel relevante a las relaciones jurídicas en el estudio del Derecho administrativo señalan que estas relaciones no siempre se inician como consecuencia de una actividad de la Administración, sino que las mismas son generadas en muchas ocasiones por los particulares a través del ejercicio de un derecho subjetivo ante el cual surge la obligación de realizar una determinada prestación. Es el caso de los denominados derechos prestacionales <sup>508</sup>.

Ciertamente cabe distinguir posiciones activas del ciudadano, pero las mismas están conectadas estrechamente con las diversas funciones que realiza en la actualidad la Administración. Es precisamente la existencia de una Administración prestacional que viene dando una serie de servicios a los ciudadanos lo que posibilita que éstos puedan dirigirse a la misma para que realice su actividad. Por tanto, ya sea la Administración ya sea el ciudadano quien de el primer paso, los derechos y obligaciones que se deriven de esta relación tienen como punto inexcusable de referencia una actuación o una omisión administrativa.

En realidad, el concepto de relación jurídica en el Derecho administrativo debe ser estudiado, a nuestro entender, desde los diversos elementos que conforman la noción de función

---

<sup>507</sup> Vid. MORELL OCAÑA, Luis: "La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los *standards* de conducta previstos por la ley" en *DA* 208, abril-diciembre 1986, p. 66.

<sup>508</sup> Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J.: *El Derecho administrativo privado... op. cit.* pp. 648-649.

administrativa <sup>509</sup>. A través del estudio y sistematización de estos elementos cobra relevancia jurídica el estudio de la función administrativa <sup>510</sup>. Así al objeto de delimitar este trabajo de investigación, y sin perjuicio de mejores y más fundadas sistematizaciones, centraremos nuestra atención en los siguientes elementos: subjetivo, atributivo-final y objetivo o de resultado.

#### 4.- La inactividad administrativa desde el elemento subjetivo

El elemento subjetivo permite identificar a los destinatarios de la inactividad administrativa y examinar los efectos que ésta produce en su respectiva esfera jurídica. Es cada vez más frecuente la concurrencia de diversos interesados que pueden resultar afectados por la actuación de la Administración. La omisión de tal actividad puede producir pluralidad de efectos en sus destinatarios. Así es frecuente que el no ejercicio de una función administrativa provoque efectos favorables en uno de los afectados (tal actuación le podría haber supuesto una limitación o una ablación en su esfera jurídica) mientras que puede ser perjudicial para otros sujetos (la no actuación administrativa implica, por ejemplo, que no se castigue al infractor, por lo que éste continuará realizando una conducta ilegal que perjudica a sus vecinos). Este tipo de inactividad pone especialmente de relieve la figura del tercero interesado y requiere la instrumentación de mecanismos efectivos de tutela de sus derechos e intereses.

Ahora bien, la Administración no siempre se sitúa en la misma posición en relación a los diversos interesados-destinatarios que puedan concurrir en un caso concreto. En unas ocasiones la Administración es también parte interesada en la actuación que ha de realizarse,

---

<sup>509</sup> Así, por ejemplo, lo realiza el profesor Manuel BALLBÉ PRUNES quien señala al respecto: "Atendiendo a este "fundamentum decidendi", se integra en la Parte general lo relativo a los sujetos administrativos, *las relaciones administrativas*, los hechos administrativos, el ejercicio (normal) de las potestades, derechos y deberes administrativos, las transgresiones de la misma naturaleza y la protección frente a las mismas, *porque esas instituciones, no ya a una especie, sino al género mismo función administrativa son reconducibles* (la cursiva es nuestra)." *Vid.* de este autor *Sistemática... op. cit.* pp. 6-7.

<sup>510</sup> Sobre la importancia de los elementos de la función administrativa *vid.* CASSESE, Sabino: *Le basi...* *op. cit.* pp. 127-128.

mientras que en otros casos se sitúa en un plano diferente, al tener que resolver litigios entre los particulares, en una situación que se ha definido como arbitral. En esta línea pueden citarse diversos ejemplos: "[...] cuando (la Administración) a través del Jurado de Expropiación determina el montante del justiprecio que un particular beneficiado de la expropiación ha de pagar a otro particular expropiado; cuando decide entre dos particulares sobre la inscripción de una patente, marca o nombre industrial; [...] cuando el ordenamiento confiere a la autoridad laboral la potestad de dictar laudos de obligado cumplimiento para trabajadores y empresarios; cuando decide el recurso de un particular que pretende se le atribuya un derecho reconocido a otro por el acto administrativo impugnado [...]"<sup>511</sup>.

En otras situaciones el sujeto no es un mero destinatario, sino que la Administración ha necesitado o ha requerido el concurso de su voluntad para la creación y diseño del marco jurídico donde se produce la inactividad. Nos referimos principalmente a las relaciones contractuales o convencionales, en los que se sustituye medios exclusivamente imperativo por otros en los que se da cierto margen de colaboración activa a los ciudadanos. Se altera, por tanto, la posición de éstos al poder en ciertos casos, entre los cuales se encuentran ciertas inactividades administrativas, romper con el marco jurídico adoptado de forma consensuada.

Estos diversos supuestos ponen de relieve la necesidad de examinar el problema de la inactividad desde las diversas posiciones en que se sitúan Administración y particulares en relación al ejercicio de sus derechos y obligaciones.

#### 4.1.- Inactividad de efecto unilateral y de efectos multilaterales

Esta distinción pone de relieve, según hemos apuntado anteriormente, la posible existencia de diversos interesados que pueden resultar afectados por la inactividad administrativa. Tradicionalmente su estudio se ha planteado desde la perspectiva de dotar de legitimación a los mismos para acceder al contencioso-administrativo. Con todo, cabe señalar que no

---

<sup>511</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo I Parte General...* op. cit. p. 590.

estamos ante un problema de mera legitimación, sino de instrumentar mecanismos de protección jurisdiccional a determinadas situaciones jurídicas <sup>512</sup>.

Desde esta perspectiva debe examinarse la posible utilidad del silencio administrativo en cuanto a la tutela de los diversos intereses en presencia. Supongamos que la Administración dicta un acto que favorece a un particular y perjudica a otro. Estamos en el supuesto del acto que podría calificarse como bifronte o de doble efecto (la doctrina alemana habla de *Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*). El ciudadano que se considera gravado por el acto en cuestión decide interponer un recurso que no obtiene respuesta de la Administración en el plazo legalmente establecido. El problema que se plantea en estos casos es si la Administración puede resolver el recurso tardíamente, es decir fuera del plazo legalmente establecido, desestimando o acogiendo las pretensiones del recurrente. Este problema fue objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente en materia de propiedad industrial y de despidos colectivos.

La jurisprudencia optó en numerosas sentencias por mantener la posición del interesado beneficiado inicialmente por el acto recurrido y negar virtualidad a las resoluciones tardías que estimaban el recurso. Los argumentos utilizados para conseguir este objetivo fueron fundamentalmente los siguientes:

- La calificación del silencio negativo como una ficción legal a los efectos de acceder a la jurisdicción era la regla general que tenía su excepción en la presencia de terceros interesados, considerándose entonces equiparable a un acto, tal y como sucedía con el silencio positivo <sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: *Estudios históricos... op. cit.* p. 283.

<sup>513</sup> Vid. la STS de 13 de mayo de 1983 (ref. Ar. 2.947) sobre impugnación por un tercero licencia de autotaxis: "La regla general que rige en el caso de que el silencio administrativo se produzca en vía de petición es que el interesado puede impugnar, previa denuncia de la mora, el acto ficticio producido por la doctrina del silencio administrativo a esperar a que se produzca una resolución expresa e impugnarla, que tiene una excepción en los casos muy singulares en que los efectos del silencio son de carácter positivo, por cuanto suponen el reconocimiento de unos derechos que no pueden quedar indefinidamente bajo la incertidumbre de que la Administración, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, pueda dictar una resolución expresa que

- La resolución tardía adolecía, en estos casos, de un vicio de nulidad al haberse dictado fuera del plazo legalmente establecido que debía considerarse esencial a los efectos del art. 49 de la LPA (actualmente 69.3 de la LRJPAC) <sup>514</sup>.
- La conversión del acto por el cual se resolvía el recurso era inaplicable al tratarse de una infracción manifiesta que requería dictamen del Consejo de Estado.
- El principio de seguridad jurídica implicaba que no podía dejarse al tercero beneficiado por el acto sujeto por tiempo indefinido a las posibles impugnaciones de otro interesado.

Este problema fue objeto de un contundente y sistemático análisis del profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT <sup>515</sup> en el cual se advertían las contradicciones e insuficiencias de las argumentaciones jurisprudenciales expuestas. Para este autor no podía inferirse de la regulación legal entonces vigente un distinto régimen del silencio administrativo negativo, solamente por la existencia de unos intereses de terceros que podían resultar perjudicados por los efectos de la resolución tardía. Es más en estos casos si tan dignos de protección son los intereses de éstos, también lo es el de la persona que quiere interponer el recurso y acceder

---

contraría lo que fue adquirido por silencio positivo, doctrina que es igualmente aplicable al silencio producido en vía de recurso, ya que si la resolución inicial es total o parcialmente desestimada y es el propio interesado el que interpone recurso contra la misma, resulta evidente, de conformidad con la redacción dada al art. 94 de la L. Pro. Adm. por Ley de 2 diciembre 1963 que el mismo podrá impugnar en vía jurisdiccional el acto producido por silencio, dentro del plazo de un año contado desde la interposición del recurso administrativo no resuelto, o esperar su resolución expresa, pero tal resolución es inviable cuando en la primera resolución administrativa hay un reconocimiento de derechos y se aquieta ante la misma el interesado a cuyo favor son reconocidos, promoviéndose el recurso administrativo por tercera personal, ya que la razón es idéntica, es decir, los derechos reconocidos en la resolución administrativa no pueden quedar indefinidamente en la incertidumbre ante un recurso administrativo interpuesto por tercero, no resuelto dentro de plazo, ni impugnado dentro del año el acto producido por silencio, que es en definitiva la doctrina que el T. S. ha mantenido en diversas resoluciones, de las que a título de ejemplo puede citarse la sentencia de la Sala Cuarta de 15 abril 1975."

<sup>514</sup> STS de 26 de diciembre de 1985 (ref. Ar. 992 de 1986): "[...] cuando, como en el presente supuesto, exista un tercero a favor del cual derive un derecho del acto impugnado en vía administrativa éste no puede verse afectado por la resolución tardía de la Administración, pues en relación con ese tercero el derecho se ha consolidado, salvo en los supuestos de una simple apariencia de acto administrativo, o de nulidad de Pleno Derecho para cuya declaración de nulidad se establece el correspondiente procedimiento en vía administrativa en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o que incida una infracción manifiesta de la Ley, artículo 110 del mismo Cuerpo legal, que regula también el procedimiento idóneo para su anulación si no han transcurrido cuatro años desde que fuera adoptado el Acuerdo [...]."

<sup>515</sup> Vid. de este autor "Resoluciones tardías y conflicto de intereses privados" en *RAP* 68, mayo-agosto 1972, pp. 187-219.

a la vía jurisdiccional. Proponía en estos casos que los efectos de la inactividad administrativa no los había de soportar una de las partes, existiendo para estos casos el instituto de la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico pudiera instrumentar otros instrumentos de tutela jurídica (así se apuntaba la posibilidad del contencioso-administrativo en el que las partes fueran particulares). Posteriormente los Tribunales han ido rectificando sus posiciones iniciales, posibilitando al máximo el acceso del recurrente a una tutela judicial efectiva, pese a la presencia de terceros implicados que podían resultar perjudicados por una posible estimación del recurso <sup>516</sup>.

En algunos casos la legislación se ha pronunciado específicamente por la tutela de uno de los intereses en presencia, dando a la inactividad unos efectos concretos (silencio positivo), evitando, de esta forma, la existencia de resoluciones tardías de signo contrario que pudieran alterar sin más la situación conseguida por el transcurso del tiempo. Es el caso del art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores para el supuesto de despidos colectivos <sup>517</sup>, según la redacción realizada por Ley 11/1994, de 19 de mayo <sup>518</sup>. Según este precepto: "Cuando el

---

<sup>516</sup> Vid. la STS de 22 de diciembre de 1988 (ref. Ar. 10.143): "Por otra parte si el silencio negativo no es un verdadero acto administrativo, puesto que no figura como un modo de terminación del procedimiento -art. 92 LPA- sino una ficción jurídica concebida con el fin de permitir el acceso a la vía jurisdiccional, no puede quedar firme y consentido por el transcurso del plazo de impugnación, y siendo así la conclusión que fluye del razonamiento anterior, es que el recurso jurisdiccional promovido sigue siendo procedente, aunque se haya interpuesto contra una resolución extemporáneamente dictada para poner fin al recurso de reposición; esta teoría ya admitida sin reparos por la doctrina científica y también por la jurisprudencial, cuando de su aplicación no resultan afectados otros intereses privados contrapuestos, plantea una nueva dificultad en el supuesto de que ésto ocurra, pues resulta siempre insatisfactorio decantarse por una de las dos soluciones admisibles cuando cualquiera de las elegidas comporta el sacrificio de quienes no han contribuido a provocar la injustificada demora de la Administración; en estas condiciones la sistemática tendencia del Tribunal Constitucional a propiciar el examen y decisión sobre el fondo, nos inclina a adoptar la fórmula más cercana a la corriente inspirada en el principio pro actione y siendo así se impone rescatar y devolver al primer plano la cuestión resuelta en los recursos de reposición, acerca de si son o no procedentes los actos denegatorios de la inscripción de los modelos postulados por su titular."

<sup>517</sup> Al respecto vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: *Expedientes de regulación de empleo*, Ed. Trotta, Madrid, 1993, pp. 247-251.

<sup>518</sup> Según la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del estatuto de los trabajadores, y del texto articulado de la ley de procedimiento laboral y de la ley sobre infracciones y sanciones en el orden social: "Cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de transcendental importancia, vinculados tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar

período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, *se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.*"

Tales previsiones han querido trasladarse a la LRJPAC, dándole un contenido bastante discutible. Nos referimos esencialmente a la previsión como supuesto de silencio positivo de la falta de resolución de un recurso que se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo (art. 43.3.b LRJPAC) <sup>519</sup>. En este caso, no se hace ninguna distinción de si concurren o no terceros interesados. Si bien, puede llegar a admitirse que en un procedimiento donde se está mediando diversos intereses privados, se quiera primar alguno de ellos a través de la técnica del silencio positivo, no parece que pueda llegarse a la misma conclusión cuando lo que se hace es primar, mediante el silencio, al interés privado frente al interés público. Tanto si concurren diversos sujetos con intereses contrapuestos, como si lo hace simplemente una única persona, debería preverse caso por caso los efectos que produce tal inactividad. De esta forma se garantizaría un examen más ponderado y exacto de los diversos intereses en presencia, sin acudir a fórmulas generalistas que pueden plantear diversos problemas y disfuncionalidades.

En los reglamentos de adecuación de procedimiento administrativo, dictados como consecuencia de la LRJPAC, se observa en algunos casos como la presencia de los terceros interesados influye en determinados aspectos de la inactividad. De esta forma en los

---

a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales. Por ello, la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos -aunque clarificando y objetivando dicha intervención- en todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses colectivos económicos y sociales deben ser ponderados. Por contra, aquéllos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses. Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa.

<sup>519</sup> Esta particular problemática también será objeto de análisis en capítulos posteriores de este trabajo al hablar de la inactividad en vía de recursos administrativos.

procedimientos para la concesión, mantenimiento y modificación de derechos de propiedad industrial, en los que rige el silencio positivo, la presentación de oposiciones a la correspondiente solicitud provoca un plazo más largo que el existente en caso contrario <sup>520</sup>. Con todo la medida más importante que se prevé al respecto es la publicación de resoluciones presuntas en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*. Así "se tomará la fecha de dicha publicación como la inicial del cómputo para el pago de tasas que procedan, así como para formular por los terceros interesados, en su caso, el pertinente recurso contencioso-administrativo."

La exigencia de publicidad del silencio administrativo debe considerarse ciertamente positiva al ser un instrumento que facilite su conocimiento por terceros interesados. Cabe advertir, sin embargo, que mayores problemas presenta el inicio del cómputo de los plazos para acceder al contencioso-administrativo <sup>521</sup>. ¿Es factible entender que la publicación sustituye a la necesidad de notificación personal? A tales efectos quizás fuera necesario distinguir según la clase de interesado ante el cual nos encontramos. Si la condición de interesado deriva de la existencia de un derecho o interés legítimo y directo que resulte del expediente, sería necesario que la Administración le comunicara personalmente la iniciación del procedimiento y las ulteriores actuaciones realizadas, como sería la expedición de la certificación de acto presunto <sup>522</sup>. Otro elemento a tener en cuenta sería la notoriedad de la conducta que se pretende haber obtenido a través del silencio positivo. Lógicamente si el tercero interesado ha podido tener efectivamente el conocimiento de la existencia de una patente obtenida a través del silencio positivo, parece razonable que no pueda

---

<sup>520</sup> Así lo advierte la Exposición de Motivos del RD 441/1994, de 11 de marzo: "[...] se establecen los plazos máximos de resolución de procedimientos, para cuya fijación se ha tenido en cuenta la intervención o no de terceros [...]."

<sup>521</sup> Sobre este tema la literatura jurídica española existente es bastante escasa. De la misma sobresale el importante trabajo del profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo" en *RAP* 68, mayo-agosto 1972, pp. 235-246.

<sup>522</sup> Según el Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 (art. 46): "[...] para los interesados distintos del solicitante, el plazo del recurso contencioso-administrativo correrá también desde el día siguiente a aquel en que la Administración les notifique la certificación del acto presunto pedida por otro o la finalización del plazo legal para emitirla."

*indefinidamente actuar contra la misma. Cuestión distinta sería en aquellos casos, en los que la persona favorecida por el silencio positivo esperara al transcurso de los plazos de impugnación para comercializar su producto. Tales circunstancias habrán de ser examinadas, caso por caso, atendiendo al comportamiento de las partes en orden a que lo obtenido por silencio positivo haya podido ser objeto de conocimiento.*

Se plantea el tema de si la presencia de terceros interesados puede transformar los efectos de la inactividad administrativa. Tal circunstancia tiene singular interés en los procedimientos iniciados de oficio. La nueva regulación de procedimiento administrativo común establece para estos procedimientos el efecto de la caducidad cuando los mismos sean "no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos". La cuestión, en cambio, no está tan clara respecto a los procedimientos que sean susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. ¿Cabría entender como regla general que, en tales casos, será aplicable el silencio administrativo a efectos de favorecer su acceso a los tribunales de justicia? Así parece haberlo entendido los arts. 102.4 y 103.6 de la LRJPAC al señalar respecto a los procedimientos de revisión de oficio que transcurrido el plazo para resolver sin que se hubiera dictado resolución, se podrá entender que ésta es contraria a la revisión del acto. No obstante, cabe la posibilidad de que un mismo procedimiento cause a un interesado efectos favorables, mientras que para otro produzca efectos desfavorables. Sería factible que, en estos casos, coexistieran efectos distintos para la inactividad en un mismo procedimiento. ¿Prevalecería en estos casos un efecto por encima del otro?

Cabe advertir que, en principio, de acuerdo con el art. 24 de la CE debe facilitarse al máximo la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos. Por ello parece que debiera aplicarse en estos casos el silencio administrativo. Sin embargo, en aquellos casos que se haya producido la caducidad, en cuanto puede ser perjudicial para un interesado, podrá ser recurrida posteriormente ante la misma Administración o los Tribunales, según proceda. Podría pensarse, por tanto, que es indiferente la aplicación de uno u otro instituto. Sin embargo, cabe advertir que caducidad del procedimiento y silencio administrativo se rigen por plazos distintos, según veremos con detalle más adelante. Por

ello, no puede admitirse una institución diferente, debiéndose optar en caso de duda por aquella que pueda ser más favorable a la tutela de las diversas posiciones o intereses en presencia.

#### 4.2.- Inactividad en relaciones unilaterales y en relaciones contractuales o negociadas

La inactividad en las relaciones contractuales o negociadas puede presentarse en varios momentos diferenciados: en el procedimiento de selección de los contratista, en el de la adjudicación y en la celebración del contrato o negocio jurídico, ya sea cuando se formaliza por primera vez ya sea en las sucesivas renovaciones, y en el de su cumplimiento.

En el procedimiento de selección de contratistas, debe acreditarse la capacidad jurídica y moral de las empresas. Cabe recordar que la legislación de contratos establece una serie de prohibiciones para contratar. La persona que aspira a contratar con la Administración debe acreditar no estar incurso en las mismas, a través de testimonio judicial o de certificación administrativa según los casos. Así, por ejemplo, para acreditar que se está al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social deberá hacerse según la correspondiente certificación. En el caso que ésta no sean expedida en el plazo oportuno, se admite igualmente la presentación de proposiciones a la que deberá adjuntarse las solicitudes de los certificados con los mismos efectos que si estos hubieran sido realizados <sup>523</sup>. Cabe advertir que, en estos casos, el "silencio administrativo" tiene unos efectos de medida cautelar o provisional, en cuanto permite al solicitante presentar la proposición y ser admitido en el procedimiento de selección <sup>524</sup>. Ello no implica necesariamente que la inactividad provoque

---

<sup>523</sup> Así el art. 9.3 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, aprobado por RD 390/1996, de 1 de marzo: "Las certificaciones serán expedidas por el órgano competente en un plazo máximo de veinte días naturales, quedando en la sede de dicho órgano a disposición del solicitante. En caso de no expedirse la certificación en el indicado plazo o si, una vez publicado el anuncio de licitación, dicho plazo superase el requerido a las empresas licitadoras para la presentación de proposiciones, podrán presentarse con los mismos efectos las solicitudes de los certificados, sin perjuicio de la obligación de presentar los correspondientes certificados por las empresas adjudicatarias."

<sup>524</sup> Cabe recordar que en Italia se había planteado la suspensión de la inadmisión de una persona en procedimientos de tipo selectivo, con la finalidad de evitar que el efecto preclusivo hiciera vana la tutela judicial efectiva. *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed.

la consolidación de una situación subjetiva, mediante la cual no pueda excluirse a esa persona posteriormente, por no reunir los requisitos exigidos legalmente. Por este motivo la norma establece que se admitirá en el procedimiento a la persona interesada, sin perjuicio de la obligación de presentar la correspondiente certificación.

La legislación de contratos exige, además de la plena capacidad jurídica, que el aspirante a contratista acredite su capacidad profesional y económica. Es decir que "acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible" (art. 15 de la Ley 11/1995, de 18 de mayo). En los procedimientos de clasificación de contratistas el silencio administrativo tiene contenido negativo, según ha especificado la normativa de adecuación dictada a raíz de la LRJPAC <sup>525</sup>. La necesidad de evitar que en contratos de extraordinaria complejidad se produzcan situaciones de crisis al no reunir el contratista la capacidad profesional y económica exigible, justifican la existencia de una autorización, la clasificación, cuya falta de respuesta en el plazo determinado no puede llevar a producir el silencio positivo, con las repercusiones que tal institución genera. Estamos ante un tipo de autorización que se ha venido a comparar con el carnet de conducir, sería un "carnet para contratar" que como tal está sujeto a una serie de revisiones periódicas para verificar la evolución que sigue el contratista en relación con su capacidad profesional y económica <sup>526</sup>. Con todo la técnica del silencio negativo en los procedimientos de clasificación si bien puede ser coherente con las razones de interés público subsistente en los contratos que se exigen, no resuelve los posibles perjuicios del particular que puede verse excluido de un procedimiento de selección por no haber podido acreditar su solvencia técnica o profesional.

---

Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1991, p. 125.

<sup>525</sup> Vid. el RD 1770/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, las normas reguladoras de los procedimientos de clasificación y de revisión de clasificaciones en materia de contratación administrativa.

<sup>526</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo* vol. I ... *op. cit.* p. 307.

Por lo que respecta a la inactividad de la Administración en la adjudicación del contrato o del negocio jurídico, la legislación establece que de no dictarse el acuerdo de adjudicación dentro del plazo señalado, el empresario tendrá derecho a retirar su proposición y a que se devuelva o cancele la garantía que hubiese prestado. Los problemas se producen, en cambio, cuando se ha realizado la adjudicación y no se formaliza el contrato. La Administración está en este momento obligada a formalizar el contrato (art. 55 de la Ley 11/1995, de 18 de mayo). Ante el incumplimiento de esta obligación se prevé la indemnización al contratista de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de que pueda solicitar la resolución del contrato. Ahora bien, el problema que se plantea es si el particular, en el caso que opte por la no resolución del contrato, puede compeler a la Administración a formalizar el mismo.

La jurisprudencia venía señalando que la Administración no puede beneficiarse de la pasividad o omisión en la formalización del contrato. A tal efecto se esgrimía el antiguo art. 48 del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, según el cual: "Será preceptiva la formalización escrita del contrato, pero la falta de este requisito no afectará a la validez de la obligación." De esta forma se había llegado a inferir un consentimiento presunto, que evitase que se considerara inexistente el contrato <sup>527</sup>. Ello unido a la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración <sup>528</sup>, tenía como consecuencia que los Tribunales dictaran sentencias obligando a la Administración a cumplir con las obligaciones que había generado tal situación contractual <sup>529</sup>. En la actualidad, el

---

<sup>527</sup> Vid. la STS de 24 de junio de 1969 (ref. Ar. 3.376): "[...] no puede tampoco establecerse una ausencia total de consentimiento que haga inexistente el pacto de suministro, por cuanto de las actuaciones de la Alcaldía-Presidencia [...], del contenido del acuerdo plenario de 17 de octubre de 1963 y del hecho notorio de prestarse el servicio de alumbrado para el que la Corporación municipal carecía y carece, manifiestamente, de la materia o fluido objeto del suministro, siendo como es imposible el efectuarlo sin ésta, al ser la instalación existente del tipo eléctrico, se infiere la existencia del consentimiento manifestado; es decir, no nos hallamos ante un consentimiento expreso y terminante del suministro pero sí ante un consentimiento presunto que llega a rozar los límites de aquél [...]."

<sup>528</sup> Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 406-412.

<sup>529</sup> Así la STS de 3 de noviembre de 1993 (ref. Ar. 8.323): "Como dice el Tribunal Supremo, en la Sentencia 25-2-1965, ratificado en la de 24-6-1969 y 10-11-1975, [...] "lo que no puede hacer el Ayuntamiento es declarar responsable de sus omisiones a la otra parte contratante, como tampoco enriquecer injustamente su patrimonio municipal, a costa de tales omisiones de formalidades precisas; por lo que un contrato legal, pero

art. 55.4 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, establece que no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, salvo los casos de tramitación urgente y de emergencia. ¿Qué ocurre en estos casos, en los que el particular ignorando tal prohibición ejecuta el contrato y la Administración acepta, por ejemplo, el suministro? ¿Es posible que la Administración pueda beneficiarse de tal inactividad? Del tenor estricto de la norma se deduce una prohibición clara, la iniciación del contrato. Por tanto, el contratista deberá esperar a la formalización o bien poner en marcha los remedios dirigidos a la misma, antes de proceder a la ejecución. En cualquier caso, habrá que atender a las peculiaridades del caso concreto, evitando situaciones contrarias a la buena fe y procurando que la mera pasividad e incumplimiento de una de las partes acabe favoreciendo a la misma.

Una vez adjudicado y formalizado el contrato, el factor tiempo tiene una importancia relevante en cuanto a la ejecución del mismo. A diferencia del Derecho civil donde el plazo puede quedar sometido a la autonomía de la voluntad, en los contratos administrativos su cumplimiento obedece a motivos de interés público. Este interés exigirá para su satisfacción que se amplíe en determinados casos, mientras que en otros requerirá su estricto cumplimiento. Cuando no sea posible cumplir el plazo establecido, la legislación prevé la figura de la prórroga <sup>530</sup>. En este sentido se establece que: "Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste no ofreciera cumplir sus compromisos dándole la prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor (art. 97.2 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo <sup>531</sup>)." La jurisprudencia ha venido

---

ineficaz por sus propias omisiones, a la Corporación demandada le corresponde arbitrar el medio de hacerlo totalmente realizable, sin perjuicio de quien con ella contrató".

<sup>530</sup> Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: "La prórroga de los contratos administrativos: aproximación general" en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 1.079-1.113, así como la monografía del mismo autor: *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*, Ed. Montecorvo, 1988.

<sup>531</sup> Este precepto se correspondía con el art. 45, tercer párrafo (en relación al contrato de obras), del Texto articulado de la Ley aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y con el 140 del Reglamento general de contratación, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre.

interpretando la prórroga como un derecho del contratista cuando concurren los requisitos mencionados: no imputabilidad al contratista y que se hubiese producido el ofrecimiento de éste para cumplir sus compromisos. Configurándola, por tanto, como una potestad de contenido reglado <sup>532</sup>. La existencia de este derecho admite la existencia de un supuesto de silencio positivo, ante la inactividad de la Administración respecto a la solicitud de prórroga. Con todo de tales situaciones debe distinguirse las denominadas "prórrogas tácitas", en las que si bien se produce una falta de respuesta expresa de la Administración, existe otra actividad administrativa de la cual puede deducirse que se ha aceptado la solicitud <sup>533</sup>.

El incumplimiento de por una de las partes de las obligaciones creadas a través del contrato administrativo pueden llevar a la resolución del mismo. Tal resolución se concibe a través de un procedimiento que se inicia de oficio o a instancia de persona interesada. La inactividad administrativa se contempla, en este caso, como un supuesto de silencio positivo <sup>534</sup>. Cabe argüir la procedencia de que el particular pueda entender resuelto el contrato, y

---

<sup>532</sup> Así por ejemplo la STS de 15 de enero de 1982 (ref. Ar. 230): "[...] por lo que la Administración debe concederla cuando concurren, como en el caso enjuiciado, los dos requisitos viabilizadores de la misma, que el retraso habido se hubiera producido por motivos no imputables al contratista y que se hubiere producido el ofrecimiento de éste de cumplir sus compromisos, siendo de destacar al respecto la Sentencia de este Tribunal de 28 marzo 1969 [...]" También en similar sentido la STS de 31 de mayo de 1986 (ref. Ar. 2.778): "[...] el artículo 45 párrafo tercero, de la Ley de Contratos del Estado configura la prórroga como un derecho del contratista, y la concesión de la misma es preceptiva para la Administración cuando concurren los dos requisitos de que el retraso se produzca por motivos no imputables al contratista y el ofrecimiento de éste de cumplir su compromiso; en el caso examinado, la Administración no ha tenido por ciertos los hechos alegados por el contratista y, por tanto, debió abrir un período de prueba, tal como dispone el artículo 88-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y en el expediente tal período probatorio no ha sido acordado, por lo que la Administración habría tenido que partir de que el retraso en la realización de las obras no era imputable al contratista [...]"

<sup>533</sup> Para Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: "Generalmente se las denomina "prórrogas tácitas". Sin embargo, no deja de haber excepciones, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1977, que habla de "prórroga presunta". En mi opinión, conviene unificar la terminología, aunque es cierto que en ocasiones se más correcta la expresión "presunta". Normalmente, estas prórrogas derivan de la conducta de la Administración; se infieren de su propia actuación. Sin embargo, nada impide que de su simple inactividad o silencio ante la solicitud de una prórroga, pueda entenderse otorgada de manera presunta." Vid. de este autor "Consideraciones sobre el plazo en los contratos de obras" en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 473-474.

<sup>534</sup> Así lo advierte la Resolución de 20 de marzo de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración pública, por la que se publica la relación de procedimientos de la Administración general del Estado. Cabe decir que ni la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, ni el RD 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley, contemplan los efectos estimatorios o desestimatorios de la falta

obrar en consecuencia, sin tener que esperar a la decisión administrativa correspondiente. La misma si bien debe producirse para tutelar el interés público en presencia, no debe dejar al particular indefinidamente sujeto a una situación contractual en la que la Administración no cumple con las obligaciones pactadas.

#### 5.- La inactividad administrativa desde los elementos atributivo y final <sup>535</sup>

El elemento atributivo de la función sería el que haría referencia a la asignación de aquellos medios o instrumental jurídico puesto a disposición de la Administración para conseguir la finalidad que tiene encomendada, esto es la servicialidad del interés general. Estos medios pueden basarse en ocasiones sobre elementos autoritarios o imperativos, mientras que en otras tienen un carácter incentivador o prestador. Por su parte el elemento final aludiría fundamentalmente a aquellos objetivos en que se concreta la expresión interés general. Ambos elementos presentan una indudable conexión por cuanto el ordenamiento jurídico otorga un tipo u otro de atribuciones dependiendo de las finalidades que en cada caso cumple la Administración pública.

La clasificación más extendida de las diversas formas de actividad administrativa y quizás la "más rudimentaria" <sup>536</sup> trae causa, según hemos visto, en el debate entre los decanos de Burdeos y de Tolouse, Léon DUGUIT y Maurice HAURIOU. Es la dicotomía entre *service public* y *puissance publique* que adquiere una finalidad eminentemente procesal. Se trata, en definitiva, de distinguir cuando la Administración actúa investida de prerrogativas y cuando no. Por tanto, se pone énfasis en el aspecto atributivo para distinguir un tipo u otro de

---

de resolución expresa en este tipo de procedimientos.

<sup>535</sup> Algún autor ha señalado que "el concepto de función [...] en derecho público no debe manejarse sino con el significado de fin a cumplir por una organización determinada." Vid. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: "Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español" en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III (La Corona, Las Cortes Generales, Del Gobierno y de la Administración pública), Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 2.456. Se viene a identificar función con lo que consideramos como uno de los elementos de este concepto.

<sup>536</sup> En expresión del profesor Sabino CASSESE: *Le basi... op. cit.* p. 130.

actividad. La aparición del concepto de Estado Social en la dogmática alemana de la postguerra, sobre todo a partir de la obra de Ernst FORSTHOFF pondrá, en cambio, más el acento en los aspectos finalistas de la actividad a desarrollar. De esta forma los autores alemanes han distinguido entre Administración de limitación y Administración prestacional.

En realidad, ambas clasificaciones presentan un claro paralelismo por cuanto los elementos desde los cuales se contemplan, atribuciones y fines, están estrechamente interrelacionadas. La atribución de poderes, facultades y competencias se justifica, como reiteradamente viene siendo señalado no en razón de una mera posición subjetiva de la persona que los detenta, sino en razón del cumplimiento de una misión que encomienda el ordenamiento jurídico: la servicialidad de los intereses generales. Por ello, en este trabajo contemplaremos ambos elementos desde una perspectiva conjunta que facilita el examen de las instituciones que venimos examinando.

#### 5.1.- Inactividad en la Administración de dirección y control

Según hemos visto la doctrina acostumbra a hablar de Administración de policía o de actividad de limitación para referirse a uno de los grandes ámbitos de actuación administrativa. No obstante, algunos autores han criticado la denominación señalada hablando, en cambio, de Administración ordenadora o de vigilancia y prestacional<sup>537</sup>. La doctrina italiana han venido a precisar la idea de ordenación en el sentido de distinguir entre dirección, incentivación y control<sup>538</sup>. Así con los actos de dirección se individualizan los objetivos a alcanzar, con los de incentivación se encauzará las actividades de los particulares con técnicas de persuasión y con los de control se verificarán el cumplimiento de los objetivos previamente determinados.

---

<sup>537</sup> Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J.: *La jurisdicción.... op. cit.* pp. 139-140. También vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *Crédito, banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Madrid, 1975, p. 300 y *Derecho administrativo económico I*, Ed. La Ley, p. 183. Ambos autores hacen referencia a la obra de WOLF, H.J.; BACHOF, O.: *Verwaltungsrecht I*, Munich, 1974.

<sup>538</sup> Vid. CAVALLO, B.; PLINIO, G. di: *Manuale di Diritto pubblico economico*, Milán, 1983, p. 416.

La idea de ordenación es especialmente útil pues permite explicar, por ejemplo, la autorización administrativa más que como "un límite previo y el renacer de una situación de libertad antes comprimida", entender que se trata de "la definición y configuración de un nuevo marco de actuación del particular" <sup>539</sup>. Ello posibilita dejar de polarizar el momento de atención en la fase inicial o previa al ejercicio de la actividad y permitir su extensión al desarrollo de la misma.

Toda estas precisiones en torno a las diversas formas de actividad de la Administración y al intento de superar las explicaciones tradicionales es muy relevante a los efectos de nuestro estudio. En efecto, el discurso clásico de la inactividad y el silencio se ha centrado tradicionalmente en el ámbito de la policía administrativa o actividad de limitación. De tal forma que en base a la construcción de categorías generales, como la autorización administrativa en su sentido más rancio, han condicionado gran parte del debate doctrinal desde una única perspectiva. Un examen somero de la legislación sectorial demuestra que estamos ante una realidad de mayor complejidad que necesita respuestas alternativas. Así, por ejemplo, las autorizaciones no suponen en todos los casos una limitación de derechos o intereses legítimos de los solicitantes, sino que en muchas ocasiones se viene a ampliar, contrariamente, el ámbito de actuación del solicitante, desdibujándose las fronteras con la concesión administrativa. Por tanto, parece evidente que la solución al problema de la inactividad en el otorgamiento o no de autorizaciones administrativas no puede ser el mismo según el tipo de autorización que se trate. Con todo la legislación general de procedimiento administrativo común parece centrarse en el concepto clásico de autorización administrativa, pensando quizás en un tipo exclusivo como podrían ser las de urbanismo.

Por otra parte, el recurso exclusivo a la categoría de la limitación de derechos ha llevado a

---

<sup>539</sup> Vid. TORNOS MAS, Joaquín: *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Ed. Studia Albornotiana, Bolonia, 1982, p. 223. La utilidad de la idea de ordenación frente a la limitación o policía ha sido también puesta singularmente de relieve por MALARET I GARCIA, Elisenda: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Ed. Civitas y Escola d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1991, pp. 154-160.

algunos autores a excluir de su ámbito a las sanciones administrativas <sup>540</sup>. Éstas pueden subsumirse en los aspectos de control y coacción que genera la actividad de ordenación, pues su finalidad es garantizar precisamente la actividad de ordenación. Es, por tanto, el complemento necesario para hacer efectivo el interés general perseguido.

Como se ha visto también se incluye dentro de la actividad de ordenación a lo que se ha denominado incentivación, es decir a lo que en la terminología de JORDANA DE POZAS vendría a ser el fomento <sup>541</sup>. Si bien, debe advertirse inmediatamente, como ha señalado MALARET I GARCIA, que determinados fenómenos "obligan a replantear la categoría

---

<sup>540</sup> Así para el profesor José Antonio MANZANEDO MATEOS: *El comercio exterior... op. cit.* pp. 215-216: "la actividad sancionadora es plenamente individualizable respecto a la actividad de limitación de derechos y actividades de los particulares. Efectivamente, cuando la Administración impone sanciones, no está limitando en forma alguna posiciones jurídicas de los administrados; tal limitación no deriva de la sanción en sí sino de la norma infringida que, en virtud del principio de legalidad constituye presupuesto inexcusable para la aplicación de sanciones." En el mismo sentido se pronuncia el profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ: *Derecho administrativo* vol. I... *op. cit.* pp. 437-438. En ambos autores late una concepción de la potestad sancionadora como una actividad de naturaleza eminentemente jurisdiccional que por razones históricas y técnicas ha ido a parar en manos de la Administración pública. Se pretende además evitar la vigencia de cláusulas generales, como el orden público, que habiliten implícitamente para el ejercicio de tal potestad. El profesor Joaquín TORNOS MAS también diferencia la actividad sancionadora de la limitación, si bien señala la estrecha conexión entre ambas: "en el cuarto grupo situaremos la potestad sancionadora, cuyo fin principal es garantizar la actividad de limitación (con medidas, las sanciones, evidentemente también negativas para el administrado)". *Vid.* de este autor "Comercio" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Derecho administrativo económico II*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, pp. 621-622. Recientemente el profesor Alejandro NIETO GARCÍA también señala la inadecuación del concepto clásico de policía para incluir la potestad sancionadora, si bien desde perspectivas distintas al profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ. Así NIETO en su *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, señala en la p. 96 que: "Lo que sucede es que el concepto moderno de Policía, tal como lo he expuesto detalladamente en otro lugar (1976), ha adquirido un contenido distinto del tradicional que ya resulta imposible incluir en él, sin más, la potestad sancionadora. De aquí que, en trance de reintegrar en la Administración la potestad administrativa sancionadora, me haya despegado también de la tesis policial y haya terminado conectando la potestad con el concepto genérico de gestión o, si se quiere, de la intervención [...]."

<sup>541</sup> En este sentido se pronuncia el profesor Franck MODERN al intentar determinar la existencia de elementos de definición de la noción de servicio público comunes a todos los sistemas nacionales de la Unión europea. Propone para evitar confusiones eliminar del concepto de servicio público, los elementos que no corresponden a las prestaciones susceptibles de ser concretadas individualmente. Las prestaciones más generales podrían ser aprehendidas en otras nociones tales como la de policía reactualizada, en la misma irían los temas de ayuda a la iniciativa privada (fomento en el vocabulario español) y protección global que el Estado asegura a los ciudadanos en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales. *Vid.* de este autor "Analyse comparative des notions de service public dans les Etats membres" en STOFFAES, C. (Ed.): *L'Europe a l'épreuve de l'intérêt general*, Ed. ASPE, Europe, 1995, pp. 66-67.

misma del fomento como actividad de la Administración" <sup>542</sup>. Así, la incentivación no se limita en la actualidad a medidas de simple carácter financiero o pecuniario, sino que cada vez más se instrumenta la realización de actividad técnica, principalmente a través de organismos con *veste* privada. Piénsese en el asesoramiento técnico a empresas para mejorar su competitividad en el mercado. Ahora bien, no sólo existe en la incentivación un carácter meramente prestacional, sino también de ordenación en cuanto a través de la misma "selecciona de entrada unos determinados sectores, para posteriormente determinar, en función de los objetivos sectoriales, la orientación de las empresas del sector" <sup>543</sup>.

Podemos, por tanto, señalar que la incentivación como conjunto de técnicas jurídicas de apoyo y fomento viene a estar "a caballo" entre la actividad de ordenación y la actividad prestacional. Al objeto de nuestro estudio hemos optado por su estudio conjuntamente con la Administración prestacional, pues desde el punto de vista de la inactividad importa no tanto la finalidad que persiguen tales medidas, sino principalmente qué actividad puede exigir, en su caso, el ciudadano.

Como regla general en las actividades de control y dirección el juego del silencio positivo puede generar en la Administración obligaciones de no hacer, de respetar la situación consolidada por el particular con el transcurso del tiempo. En cambio por lo que respecta a las actividades prestacionales y de incentivación predominarán las obligaciones de dar o hacer. Con todo la distinción no siempre resulta tan nítida como se quisiera y debemos siempre partir de su relativización y carácter meramente instrumental, tal y como hemos advertido anteriormente. Así quizás podría llegarse al caso que se obtuvieran por silencio administrativo el reconocimiento de beneficios fiscales como medidas de incentivación a

---

<sup>542</sup> Vid. de esta autora *Régimen jurídico-administrativo... op. cit.* p. 157.

<sup>543</sup> Vid. MALARET I GARCÍA, Elisenda: *Régimen jurídico-administrativo... op. cit.* pp. 156-157.

determinadas empresas <sup>544</sup>. En este caso, la cuestión no será tanto que la Administración abone determinada cantidad como que se reconozca al particular al pagar sus impuestos ciertas reducciones o exenciones fiscales. Por su parte el no ejercitar el correspondiente control comportará diversas consecuencias según se trate del sujeto que se pretende controlar o cuando el sujeto pretenda que la Administración ejercite sobre otro su control.

Como hemos visto la utilización de la categorías de dirección y control, frente a las nociones clásicas de limitación y policía, nos permite un examen más preciso y útil de una serie de actuaciones administrativas. Normalmente esta actividad de incidencia en la esfera individual supone el ejercicio concreto de una potestad administrativa <sup>545</sup>. El tránsito de una Administración liberal, centrada en la autoridad, hacia el Estado social, no ha comportado la desaparición de una Administración de dirección y control <sup>546</sup>, si bien obliga a

---

<sup>544</sup> Un ejemplo significativo nos lo muestra el supuesto de hecho de la STS de 17 de febrero de 1988 (ref. Ar. 1.423): "En el caso que aquí se contempla la empresa actora se acogió a las medidas de fomento de empleo previstas en el RD 1445/1982, de 25 de junio, en cuyo artículo 20 se establece una bonificación de cuotas de la Seguridad Social. Con este propósito suscribió con un tercero un contrato de trabajo en prácticas que tuvo entrada el 3 de agosto de 1984 en la Oficina de Empleo de Valladolid para su visado y registro. La Dirección Provincial del INEM resolvió negativamente la solicitud con fecha 1 de diciembre siguiente, por tanto, transcurrido con exceso el plazo de catorce días hábiles previsto en la cláusula 4, punto 6, del Acuerdo CEOE-INEM, aprobado por OM de 2 de abril de 1982, a cuyo agotamiento se anuda, si no media oposición expresa y motivada de la Oficina de Empleo, el visado y registro del contrato y la concesión desde el momento mismo del registro presunto de las reducciones de la cuota de la Seguridad Social.

Este breve plazo para formar reparos o rechazar, en su caso, el registro del contrato parece obedecer a la naturaleza de una medida de fomento del empleo que sólo será realmente operativa si la Administración ejerce sus poderes de control en un plazo perentorio y si al transcurso del mismo, sin resolución expresa, se anuda un efecto positivo."

<sup>545</sup> El profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ exige la presencia de un acto de por medio y no el efecto directo de una ley. Así señala que: "Cuando, por el contrario, la limitación tiene lugar sin el intermedio de un acto administrativo, estamos en presencia de una limitación legal como es el caso de determinadas nacionalizaciones [...] o la imposición generalizada de deberes." En todo caso, debe precisarse que no solamente puede darse con un acto administrativo, sino también al ejercitarse la potestad reglamentaria, en lo que acostumbra a denominarse reglamentación, como el mismo autor señala más adelante. *Vid. Derecho administrativo* vol. I... *op. cit.* p. 447.

<sup>546</sup> Como ha señalado Hartmut BAUER: "estas transformaciones no nos deben hacer perder de vista que la actuación imperativa unilateral continúa siendo un componente esencial del Derecho administrativo, sigue siendo irrenunciable y está lejos de haber quedado obsoleta en virtud de las transformaciones descritas". *Vid.* de este autor "¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual" en *DA* 234, abril-junio 1993, número monográfico "El Derecho administrativo en Alemania: Tendencias actuales (I)", p. 138.

reconsiderar y a ampliar el estudio de las diversas formas de actividad administrativa.

Según la actividad de ordenación que debe realizarse (dirección o control) el ordenamiento jurídico puede atribuir diversos efectos al transcurso del tiempo cuando no se ejercita la correspondiente potestad administrativa. En algunos casos las normas atribuyen indefinidamente potestades a las Administraciones públicas, mientras que en otros condicionan su ejercicio dentro de unos límites temporales más o menos precisos. La infracción de estos límites temporales comporta diversas consecuencias jurídicas de muy diverso alcance y trascendencia. Así el art. 63.3 de la LRJPAC establece que: "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo." En otros casos establece la necesidad de indemnizar al particular por los perjuicios causados (arts. 56 y 57 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa). Ciertamente la trascendencia de que la Administración actúe más o menos rápidamente en determinados asuntos que en otros no puede valorarse de la misma forma, debido a la trascendencia que la demora de la Administración pueda ocasionar a los destinatarios de su exigida actividad.

Cabe pensar en la utilidad de determinados tipos de acciones procesales que permitan controlar la inactividad administrativa en la actividad de ordenación. Por lo que se refiere a la técnica del silencio positivo se ha señalado la utilidad de la acción declarativa, como medio a disposición del particular para evitarle posibles situaciones de inseguridad jurídica<sup>547</sup>. De esta forma podría conseguir ante los tribunales una resolución jurisdiccional que le garantizara la posición jurídica que ha adquirido por el transcurso del tiempo y que la Administración debe respetar. Esta posibilidad pone de relieve, a nuestro entender, el fracaso de la institución misma del silencio positivo, puesto que éste tiene en principio la finalidad

---

<sup>547</sup> Vid. CALVO CHARRO, María: "Silencio positivo y acciones declarativas" en *RAP* 128, 1992, pp. 397-411.

de evitar al particular el acudir a los tribunales concediéndole lo que solicita <sup>548</sup>. Por tanto, las acciones declarativas no suponen tanto un mecanismo de perfeccionamiento del silencio positivo, confiriéndole a tal técnica una mayor seguridad jurídica, sino que devienen en la práctica en una conversión del silencio positivo en silencio negativo. La opción que se plantea es o bien se otorga mayores dosis de seguridad jurídica al silencio positivo o bien se sustituye, simple y llanamente, por mecanismos de acceso al juez administrativo.

## 5.2.- Inactividad en la Administración prestacional y de incentivación

Como hemos dicho anteriormente en la Administración prestacional y de incentivación el juego del silencio positivo podría llegar a generar obligaciones de dar y hacer. Estas obligaciones pueden ser bien de carácter meramente pecuniario o financiero, bien de carácter material o técnico.

Normalmente, en el ámbito de la Administración de incentivación el juego del silencio administrativo acostumbra ser negativo, tal como advierte el art. 6.4 del Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre (BOE 312, de 30 de diciembre de 1993) <sup>549</sup>. Ahora bien, esta misma regla general se excepciona según la misma normativa en aquellos casos que se trate de "subvenciones de carácter social o asistencial renovables periódicamente previa solicitud documentada de los beneficiarios". En estos supuestos la renovación habrá de ser efectuada

---

<sup>548</sup> Así Alberto DE ROBERTO señala que el sistema de reacción en orden a la inactividad de la Administración se clasifican en mecanismos que miran de superar la inercia con la mediación del juez administrativo (*silenzio-rifiuto*) y en mecanismos dirigidos, en cambio, a obviar la inercia sin la mencionada intervención del juez (*silenzio-assenso*, legitimación *ex lege*, ...). Vid. "Presentazione del tema" en *Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione: il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1985, pp. 13-14.

<sup>549</sup> Los efectos desestimatorios del silencio en el ámbito de la actividad de incentivación se justifican en el Decreto 275/1994, de 14 de octubre, por el cual se adecua a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el procedimiento relativo a la solicitud de ayudas para la adquisición de viviendas para jóvenes menores de 30 años previsto en el Decreto 289/1992, de 14 de diciembre, de acuerdo con el Decreto 54/1992, de 10 de febrero, de la siguiente manera: "la falta de regulación en el sentido manifestado podría tener repercusiones económicas para la hacienda de la Generalidad y suponer la adquisición de derechos por parte de los interesados sin tener la certeza que reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico".

en un plazo de tres meses transcurrido el cual tendrá la solicitud efectos estimatorios.

El carácter negativo del silencio en la actividad de incentivación responde lógicamente a la necesidad de evitar consecuencias gravosas para la Administración pública <sup>550</sup>. Ahora bien esta no será la única razón, puesto que en muchos supuestos será además una exigencia del Derecho comunitario, el cual ha establecido un régimen jurídico particular en los arts. 92 y 93 del Tratado de la Unión para aquellas ayudas públicas que puedan implicar un falseamiento de la competencia. La necesidad de una previa autorización de los organismos comunitarios viene a también a cuestionar la vigencia en este ámbito del silencio positivo por las responsabilidades que ello pudiera generar al Estado español.

Por lo que respecta al caso de la Administración prestacional en muchas de las ocasiones regirá la regla del silencio negativo, al excepcionarse expresamente las solicitudes que habiliten al ejercicio de derechos preexistentes cuando transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al servicio público. Recuérdese los casos en que la legislación obliga a los municipios al establecimiento de una serie de servicios obligatorios <sup>551</sup>. Ahora bien, esta regla no regirá en todos los casos según se desprende de un examen de la propia normativa de adecuación a la LRJPAC <sup>552</sup>.

Con todo, el reconocimiento de la prestación a través de la técnica del silencio positivo no

---

<sup>550</sup> Entre las diversas justificaciones a que alude la Exposición de motivos del Acuerdo Normativo de la Universidad de Salamanca de adecuación de procedimientos, aprobado por Resolución de 2 de noviembre de 1994 (BOE 279, de 22 de noviembre de 1994) se señala que: "determinados procedimientos comportan consecuencias económicas y organizatorias que, por su incidencia en el gasto público universitario y en la potestad de autoorganización de la Universidad de Salamanca, han de entenderse exceptuados del principio general de estimación presunta de las solicitudes en las que no recaiga resolución expresa en plazo."

<sup>551</sup> *Vid.* sobre este tema QUINTANA LÓPEZ, Tomás: *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Ed. Civitas, Col. "Cuadernos", Madrid, 1987.

<sup>552</sup> Esta situación no es una mera hipótesis, sino que se encuentra recogida para diversos supuestos en nuestros textos positivos. Piénsese, a título de ejemplo, en la concesión de pensiones y otras prestaciones del Fondo especial de MUFACE, que establece el RD 1773/1994, de 29 de julio, por el que se adecúan los procedimientos en materia de Mutualismo administrativo y Fondo especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado a la Ley 30/1992 (BOE 183, de 2 de agosto de 1994).

implica que ésta se haga efectiva materialmente. Por este motivo al plantearse la reforma legislativa de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha señalado la necesidad de prever formas de acceso a los tribunales en tales supuestos <sup>553</sup>. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial ha valorado positivamente la posibilidad de acudir a la jurisdicción para exigir el cumplimiento efectivo de este tipo de obligaciones prestacionales <sup>554</sup>:

"La fórmula tradicional del silencio administrativo no es suficiente para resolver satisfactoriamente estas situaciones, especialmente cuando, como ocurre en la LRJ y PAC, se da preferencia al efecto positivo del silencio, pues en estos casos lo que el administrado busca no es obtener un título que le permita entender superados los obstáculos jurídicos para la realización de una determinada actividad o evitada una actividad administrativa de efectos desfavorables, sino que se realice una actividad material de la Administración que le reporte directamente un beneficio que por sí mismo no puede obtener, como ocurre de manera más característica en relación con la actividad subvencional y prestacional de la Administración, de tan frecuente repercusión en el mundo contemporáneo."

Ciertamente se muestra claramente necesaria la previsión legislativa de una acción prestacional en una futura reforma de la legislación contencioso-administrativa, ahora bien debe examinarse qué utilidad presenta la misma respecto a prestaciones que se reconocen a través de la técnica del silencio positivo. En estos casos lo que se hace en realidad es reenviar al particular a un "proceso declarativo" ante los tribunales para reconocerle el derecho que previamente había obtenido por silencio positivo. Por tanto, el carácter

---

<sup>553</sup> Vid. así el art. 28.1 del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996: "Cuando la Administración, en virtud de una norma legal o reglamentaria no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto administrativo previo o de un contrato o convenio, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, los interesados pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración."

<sup>554</sup> Este Informe puede consultarse en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* 52, p. 128.

estimatorio constituye aquí una mera apariencia, pues en realidad estamos ante un supuesto de silencio negativo encubierto <sup>555</sup>. Debe advertirse que predicar el carácter positivo del silencio respecto a la Administración prestacional y de incentivación no reporta ventajas significativas respecto a los casos donde los efectos son desestimatorios. Tal solución se queda a medio camino de las innovaciones que puede representar el reconocimiento legislativo de la acción prestacional y peca, a nuestro entender, de un exceso de prudencia.

En definitiva, se viene a positivizar la jurisprudencia contenida en la STC 294/1994, de 7 de noviembre <sup>556</sup>. Se trataba de la inadmisión de diez recursos contencioso-administrativos en los que se reclamaba el abono de unas retribuciones económicas de unos mutilados de guerra que la Administración había reconocido mediante actos administrativos expresos. El Tribunal Superior de Justicia competente en base al carácter revisor había declarado la inadmisibilidad pues según su entender no existía actos administrativos que constituyeran el objeto de los procesos. Contra esta inadmisión los recurrentes acuden en amparo y tres años después obtienen una sentencia del Tribunal Constitucional donde se les otorga el amparo, retro trayendo las actuaciones al momento procesal oportuno dicte una nueva resolución.

---

<sup>555</sup> Sobre las razones de los redactores del Anteproyecto que dio origen al Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 es bastante explícita la respuesta del profesor LEGUINA VILLA, presidente de la Comisión redactora del Anteproyecto, al autor del presente trabajo durante un debate realizado en unas jornadas de estudio celebradas en Barcelona: "Este problema sí ha suscitado en el seno de la comisión redactora del Anteproyecto, en comentarios orales y por escrito que se nos ha hecho, pero finalmente no se ha considerado oportuno introducir en el sistema de control contencioso un proceso de ejecución directa, reconociendo al particular un título directo de ejecución. Nos ha parecido que quizás era una medida excesivamente radical no darle la oportunidad a la Administración de discutir ese título. Las ventajas de esta fórmula que usted ha sugerido, quizá con un poco más de retraso... Pero un poco nada más, teniendo en cuenta que confiamos en que produzcan frutos positivos todas estas medidas de aceleración del proceso, dando entrada a un proceso declarativo, pero simultáneamente, con posibilidad de sentencia de condena que permita a la Administración discutir el título invocado por el particular dentro del proceso contra la inactividad, porque lo que pueda parecer evidente al particular tal vez luego no lo sea tanto. Por tanto, el recurso está bien admitido, pero hay que discutir el fundamento de la pretensión." *Vid.* AA.VV.: *La reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Seminario, Barcelona 17 de mayo de 1995*, Ed. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995, pp. 89-90. En el libro citado la intervención que se ha reproducido aparece atribuida por error de transcripción al profesor TORNOS MAS quien también participó en el citado debate.

<sup>556</sup> Sobre esta STC *vid.* el comentario que realiza QUINTANA LÓPEZ, Tomás: "La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito (STC 294/1994)" en *PJ* 36, diciembre 1994, pp. 415-418.

Si bien los fundamentos de derecho de la STC 294/1994, de 7 de noviembre, son ciertamente impecables al entender superado definitivamente el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto al control de la inactividad administrativa, los resultados son ciertamente sangrantes para el particular. En efecto, la propia Administración había reconocido de forma clara y expresa la obligación de abonar las prestaciones requeridas, mientras que la tutela que ofrece el Tribunal Constitucional es obligar al particular a obtener un título ejecutivo judicial.

En este punto quizás sería necesario otorgar al silencio positivo un carácter meramente ejecutivo, invirtiendo los términos y forzando a la Administración a acudir a los tribunales de justicia para discutir la legalidad o no de la pretensión del particular <sup>557</sup>. Teóricamente la asimilación del silencio positivo con un acto administrativo comporta que rija la presunción de legalidad del acto administrativo y la posibilidad de acudir a procesos ejecutivos expeditivos donde el juez ejecute un título que el particular ha obtenido a consecuencia de la inactividad administrativa. Si la Administración estuviera disconforme podría acudir a los tribunales de lo contencioso. Por tanto, quizás debería replantearse el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa, en estos casos, siendo no sólo los particulares quienes debieran acudir a los tribunales de justicia, sino la propia Administración. En la práctica esta posibilidad se ve amputada no sólo por el papel meramente controlador (o revisor en la terminología clásica) de la jurisdicción, sino en las formidables potestades y poderes de revisión y de suspensión de los actos administrativos presuntos. En este punto quizás sería oportuno que estas potestades y poderes fueran ejercitables en supuestos tasados donde concurren circunstancias debidamente justificadas.

Tal vez sería bueno distinguir aquellos casos en que la Administración esté "obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas" como consecuencia "de una norma legal o reglamentaria que no precise actos de aplicación" de

---

<sup>557</sup> Una propuesta de proceso ejecutivo para hacer efectivo el silencio positivo en los casos que para la efectividad de la resolución presunta es necesaria una conducta positiva de la Administración, fue formulada por José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ, en su trabajo: "Hacia una nueva configuración del silencio administrativo" en *REDA* 49, enero-marzo 1986, pp. 78-82.

aquellos casos en que la obligación tenga su origen en "un acto, contrato o convenio administrativo" <sup>558</sup>. Es posible que en cuando la prestación derive directamente de la norma puedan plantearse problemas de interpretación que deban ventilarse en sede jurisdiccional, pero parece que pueden haber otros casos donde de forma indubitada se está reconociendo la prestación que se exige a la Administración. Ello no quiere decir que toda obligación derivada de un acto, contrato o convenio no pueda ser objeto de discusión, sino que hay ciertos supuestos que lo que se plantea no es tanto el reconocimiento de la obligación como de su cumplimiento, y por tanto el acudir a un proceso declarativo prolonga aún más el *via crucis* del ciudadano ante los Tribunales de Justicia. Por consiguiente, sería necesario reconsiderar supuestos como el descrito no sólo como una exigencia de justicia material, sino una necesidad de hacer efectivo el principio de economía procesal y descargar a los procesos contencioso-administrativos del gran número de asuntos pendientes que contribuyen a colapsar y hacer ineficaz el correcto funcionamiento de la Administración de justicia.

Respecto a la actividad técnica donde no nos encontramos ante una mera obligación pecuniaria la solución que acostumbra a ofrecerse es la misma judicialización <sup>559</sup>. En estos casos creemos que la solución pudiera pasar por acudir, cuando ello fuera posible y con las debidas cautelas, a técnicos privados, supliendo la inactividad administrativa sin necesidad de acudir al juez administrativo. Piénsese en la emisión de informes técnicos, la prestación de asesoramiento, la realización de análisis, la asistencia sanitaria, etc. En cualquier caso, una vez realizada la correspondiente prestación, de forma alternativa, por un particular cualificado, podría pensarse en la eventual repercusión de los gastos generados a la Administración que ha permanecido inactiva cuando estuviere obligada a prestar tal actuación. Es decir, una ejecución subsidiaria pero realizada por el particular en vez de la Administración. A través de la misma se trataría transformar obligaciones de hacer no personalísimas, susceptibles de ser realizadas por sujeto distinto del obligado, en obligaciones

---

<sup>558</sup> En el art. 28 del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 se habla conjuntamente de ambos supuestos aplicándoles la misma consecuencia jurídica.

<sup>559</sup> Así el citado art. 28 del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996.

pecuniarias.

La solución que se propugna no es algo totalmente impensable, sino que se ha planteado ya en ciertos ámbitos como es, precisamente, el de la asistencia sanitaria. Así son numerosas las solicitudes de resarcimiento de gastos a la Administración de la Seguridad Social por asistencia en servicios médicos privados. Cabe decir que tal posibilidad, en principio excepcional, es factible en supuestos de "denegación injustificada de asistencia médica" y de "urgencia vital" (art. 102 de la Ley General de la Seguridad Social). Bajo estos conceptos se han llegado a subsumir situaciones en que, por ejemplo, se ha tenido que esperar mucho tiempo para una intervención quirúrgica en los servicios médicos de la Seguridad Social, pese a la necesidad existente, por lo cual el particular no ha tenido más remedio que acudir a la sanidad privada <sup>560</sup>. Por tanto, cabría pensar en asimilar una larga demora en la prestación con una denegación injustificada a los efectos de pedir el correspondiente resarcimiento de gastos. No obstante, habría de utilizarse tal posibilidad con cierta prudencia, ya que de otra forma se estaría dejando al arbitrio del particular el escoger indistintamente entre sanidad pública y sanidad privada a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Para ello debería requerirse que el particular acudiera previamente a la Administración solicitando la prestación y sólo cuando ésta se denegara injustificadamente, ya sea de forma expresa o bien por la larga demora en su realización, permitir acudir a la institución privada y repercutir el gasto al organismo público <sup>561</sup>. Igualmente debe existir una situación de riesgo o perjuicio grave

---

<sup>560</sup> No obstante, son numerosas las quejas de los ciudadanos ante el Defensor del Pueblo y sus homólogos autonómicos de reintegros de gastos no atendidos. En este sentido es ilustrativa la siguiente queja: "En el informe del pasado año se resaltó la situación reflejada en una queja en la que se exponía que un paciente, como consecuencia de un grave proceso de enfermedad, acudió al Hospital General de Elda, donde se le informó que no podía llevarse a cabo la intervención que precisaba, debido a las largas listas de espera, y que podría resarcirse del coste de la asistencia prestada en medios ajenos a la Seguridad Social a través del sistema de reintegro de gastos. Sin embargo, una vez que el interesado formuló la correspondiente solicitud de reintegro, fue desestimada la misma, circunstancia que motivó la formulación de una sugerencia al Servicio Valenciano de Salud, para que resolviera positivamente la solicitud formulada por el promovente de la queja." *Vid. Defensor del Pueblo: Informe anual 1992 y debates en las Cortes Generales. I. Informe*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1993, pp. 776-777.

<sup>561</sup> En este sentido suele pronunciarse la jurisprudencia. *Vid.* la STS de 31 de mayo de 1995 (ref. Ar. 4.013) en que deniega el resarcimiento de daños por cuanto: "[...] no se ha acreditado ni que el actor solicitase a la entidad gestora demandada el internamiento en un centro psiquiátrico, ni acudió a la misma a fin de que se le prestase tal asistencia, ni notificó su ingreso en el centro privado en los quince días siguientes a la fecha en que

para bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento, los cuales podrían resultar gravemente dañados por una demora excesiva en su prestación. Finalmente cabe destacar que tal posibilidad de resarcimiento de gastos, deriva fundamentalmente de la exigencia de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y no por un daño ocasionado por la Administración <sup>562</sup>. Esta distinción comporta importantes consecuencias de índole procesal, pues en el primer caso correspondería a la jurisdicción social, mientras que en el segundo supuesto a la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que no siempre así lo han entendido los Tribunales <sup>563</sup>.

No se nos escapan los peligros y riesgos que podría llevar una generalización o ampliación poco meditada de la atribución de esta "ejecución subsidiaria" a los particulares. Entre tales inconvenientes pueden destacarse algunos de ellos:

- que se desviarán a las entidades o personas privadas los fondos presupuestarios asignados a los entes públicos que realizan tales prestaciones, agravándose aún más su capacidad para llevarlas a cabo.
- que la selección de los técnicos privados que realizarían subsidiariamente la prestación, perdería la objetividad exigible en los procedimientos públicos.

---

el mismo se produjo."

<sup>562</sup> *Vid.* en este sentido el excelente trabajo de Ángeles de PALMA DEL TESO: "El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social" en *REDA* 89, enero-marzo 1996, p. 146: "Ahora bien, el reembolso de los gastos de una prestación en especie - con la que se ha dado efectividad al derecho de asistencia -, de ningún modo se puede equiparar con la indemnización de los daños o perjuicios causados en el curso de una prestación sanitaria. En este segundo caso, no se trata de hacer efectivo el derecho a la prestación sanitaria, sino de la reparación patrimonial del daño o perjuicio causado." El texto que reproducimos no se corresponde exactamente con el original por un error de imprenta, pudiendo ofrecer la correcta versión por gentileza de la autora citada.

<sup>563</sup> Existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, pese a las observaciones que se realizan, optan por entender estos asuntos como competencia del orden jurisdiccional social. No obstante, como acertadamente pone de relieve Ángeles de PALMA DEL TESO: "[...] se debe concluir que, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el asunto resuelto por Sentencia de 10 de julio de 1995, se ejercitó una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración. Por tanto, la competencia para su conocimiento correspondía de forma exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo." *Vid.* de esta autora: "El lamentable peregrinaje jurisdiccional..." *op. cit.* p. 146.

- que la realización de la prestación al realizarse de forma individualizada, sin concebirse dentro de un sistema planificado y coherente, puede resultar aún más costosa para el erario público.

De esta forma, parece que tal posibilidad, en el caso de que ello fuera factible, debería ser introducida paulatinamente, ponderando en que medida es tolerable para el particular el transcurso del tiempo sin realizarse la prestación y si es factible que los Poderes públicos puedan soportar el gasto que la prestación privada de carácter subsidiario pudiera ocasionar.

Por lo que se refiere a la inactividad respecto a prestaciones de índole técnica cabe advertir, además, que la legislación se ha limitado a reconocer este tipo de derechos de asesoramiento, como el de "obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se pretendan realizar" (art. 35.g de la LRJPAC). Tal proclamación se hace sin ofrecer mecanismos apropiados para su exigencia, por lo que quizás pueda cuestionarse que estemos ante un verdadero derecho subjetivo que se confieren al ciudadano <sup>564</sup>. Con todo es posible entender que la inactividad de la Administración en dar este tipo de asesoramiento no podrá perjudicar al ciudadano que opte por realizar una determinada actividad, aunque la misma fuera susceptible de dar lugar a la infracción de la normativa aplicable. En estos casos si el particular ha actuado de forma diligente, acudiendo y solicitando la información oportuna para realizar determinada actividad, no puede posteriormente reprochársele el error que hubiera podido cometer, exigiendo la correspondiente responsabilidad administrativa sancionadora. Se deberá considerar que se ha producido un error invencible y, por tanto,

---

<sup>564</sup> Como acertadamente ponen de relieve M. Teresa VADRÍ I FORTUNY y Julio PONCE SOLÉ: "Se configura este derecho de información, por los términos en que se contempla, más como un "deber" o mandato dirigido a la Administración pública, que como un verdadero derecho con un desarrollo posterior en los preceptos de la Ley que haga realmente eficaz una reacción del ciudadano frente al incumplimiento del mismo por la Administración." *Vid.* de estos autores "La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública" en TORNOS MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 136.

exculpante <sup>565</sup>. Es la propia Administración en estos casos la que ha inducido a error al ciudadano a través de su inactividad.

## 6.- La inactividad desde el elemento objetivo o de resultado

La actividad administrativa puede estar destinada a producir un resultado jurídico (dictar un acto, celebrar un contrato) o bien un resultado material (pagar una cantidad de dinero, prestar el servicio de suministro y abastecimiento de aguas, etc). La omisión de un tipo u otro de actuación no puede ser exigido o suplido de la misma forma. Por otra parte no todo tipo de inactividad jurídica produce los mismos resultados, pues en ocasiones afecta de lleno a la situación jurídica concreta (creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones) mientras que en otros casos afecta tan sólo al procedimiento en la cual se ha formalizado, dejando intacta la situación jurídica de la que trae causa (así los efectos de la inactividad sólo habilitan a proseguir las vías de impugnación correspondientes o da por finalizado el procedimiento administrativo) <sup>566</sup>.

### 6.1.- Inactividad jurídica

#### 6.1.1.- Inactividad jurídico-sustancial: remisión

Este tipo de inactividad hace referencia a aquellas situaciones en las que la inactividad produce unos efectos jurídicos de gran trascendencia por cuanto consolidan situaciones jurídicas o impiden en el futuro que se ejerciten derechos y potestades. Es básicamente el caso de la prescripción y del silencio positivo. Tanto en un caso como en el otro, el

---

<sup>565</sup> Vid. el excelente y minucioso trabajo de Ángeles de PALMA DEL TESO: *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 164.

<sup>566</sup> Algún autor ha hecho referencia a esta doble faceta jurídico-substantiva y jurídico-formal, si bien no desde la clasificación o tipología de las diversas formas de inactividad, sino desde el análisis de las consecuencias del incumplimiento del deber de resolver. Éstas pueden ser, según esta opinión, de alcance extraprocedimental (dimensión jurídico-substantiva) y de alcance procedimental (dimensión jurídico-formal). Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de los poderes públicos... op. cit.*

transcurso del tiempo impide el ejercicio de potestades administrativas y crea ciertas situaciones jurídicas en el ciudadano afectado que la Administración debe respetar, como consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. En unas ocasiones ello se produce de forma definitiva (prescripción), mientras que en otras deben articularse otro tipo de potestades (revisión de oficio), cuya realización se instrumenta por otros cauces procedimentales, para evitar la consolidación de situaciones ilegales a través de la inactividad (silencio positivo).

El análisis de este tipo de inactividad debe realizarse desde el estudio de las potestades administrativas y de los efectos que el transcurso del tiempo produce en su ejercicio. Este estudio se realizará en el capítulo segundo de este trabajo. De esta forma, se analizará en qué medida este tipo de mecanismos, como el silencio positivo y la prescripción, producen una pérdida del poder. Así puede llegar a considerarse si el tiempo es un elemento que incide en la propia potestad limitándola, con el objetivo de evitar situaciones que queden expuestas indefinidamente a una eventual reacción administrativa. Cabe además distinguir según el tipo de potestad que se ejercita. En este sentido los efectos del transcurso del tiempo no pueden ser los mismos, por ejemplo, cuando la potestad tiene como objetivo recuperar el dominio público, que cuando tiene por finalidad prohibir o sancionar una actividad comercial o industrial.

#### 6.1.2.- Inactividad jurídico-formal: remisión

Estamos en el caso opuesto a la situación anterior: Se trata de situaciones de pasividad administrativa en las que, según hemos apuntado, se producen efectos meramente procedimentales. De tal forma que la suerte del procedimiento no condiciona necesariamente el ejercicio de la potestad, la cual puede llevarse a cabo ulteriormente a través de otro procedimiento, siempre eso sí que subsista la realidad jurídica de la que trae causa. Tradicionalmente este ha sido el caso del silencio negativo y de la caducidad del procedimiento. En este último caso se tiende a finalizar unas actuaciones procedimentales cuyo tiempo ha excedido el normal de tramitación, pero todavía no ha tenido por qué

afectarse la situación jurídica que se ventilaba en el procedimiento. Respecto al silencio negativo, en cambio, se trata de dejar intacta la situación preexistente y abrir la discusión sobre la misma en otras instancias, ya sean administrativas, ya sean jurisdiccionales. Con todo, si esto era así hasta fechas recientes, cabe decir que la legislación actual ha venido a asimilar el silencio negativo al acto administrativo, dotándole de ciertos efectos substantivos. Dichos efectos substantivos pueden producirse respecto a los derechos del ciudadano afectado por la inactividad, a través de la denominada teoría del acto consentido por la cual el transcurso del tiempo cierra los plazos de impugnación pese a la pasividad administrativa. Tal situación distorsiona en gran medida una institución, el silencio negativo, que era concebida por nuestra doctrina más avanzada desde una perspectiva de facilitar el acceso al jurisdicción y no limitarlo.

El estudio de esta clase de inactividad se realizará fundamentalmente a través del examen del procedimiento administrativo en el capítulo tercero. De esta forma, se pondrá de relieve como tales mecanismos aparecen en la fase final del procedimiento, habiéndose descuidado la formulación de otros instrumentos durante la tramitación procedimental que permitan agilizar el tiempo de actuación administrativa y evitar la producción del silencio administrativo negativo y de la caducidad. En cuanto a los inconvenientes que produce la asimilación de un mecanismo fundamentalmente procesal al acto administrativo, se procederá a su examen en el capítulo cuarto de este trabajo, donde se analizará la limitación de acceso al juez administrativo a través de la teoría del acto consentido.

#### 6.2.- Inactividad material: remisión

Frente a la inactividad jurídica debe situarse la inactividad material. Estamos en aquellos casos en que la Administración debe actuar no sólo en base a criterios jurídicos, sino esencialmente en base a parámetros técnicos, científicos, profesionales o facultativos. Por ello los mecanismos tradicionales, contruidos en relación a la inactividad jurídica, se revelan ineficaces, cuando no inoperantes. Piénsese en casos como el mantenimiento de la seguridad ciudadana, la prevención y extinción de incendios, la enseñanza, la investigación científica,

los análisis periciales, etc. En estos casos, la previsión de meros efectos jurídicos a la inactividad administrativa no pueden llegar a substituir la conducta cuya realización se pretende. Ahora bien, ello no implica que este tipo de inactividad sea irrelevante para el Derecho <sup>567</sup>. Lo que se trata es de buscar consecuencias jurídicas idóneas que no sólo obliguen a la Administración, sino que la compelan a poner los medios fácticos posibles, para que pueda obtenerse la realización de tal actividad.

No es el propósito de este trabajo el realizar un análisis de la inactividad material, siendo los objetivos mucho más modestos. Se pretende contextualizar el fenómeno del silencio administrativo, en las diversas manifestaciones de inactividad y poner al mismo tiempo de relieve determinados problemas que presenta la imbricación de ambos tipos de inactividad. Algunos de ellos, ya los hemos podido ver al hablar de la inactividad en la Administración prestacional y de incentivación. Otros los veremos más adelante, en el capítulo cuarto, al contraponer la actividad jurídica de la Administración por excelencia, el acto administrativo, con las actuaciones materiales. El estudio de la inactividad desde la teoría del acto administrativo si bien ha tenido una indudable utilidad, ha producido asimismo una serie de disfuncionalidades que deben provocar un replanteamiento de los métodos tradicionales de análisis.

Con todo, también debe ponerse de relieve que si los mecanismos de control de la inactividad jurídica (fundamentalmente el silencio administrativo) no son el remedio a la inactividad material, si que en determinadas ocasiones pueden coadyuvar a su consecución. Así, por ejemplo, la procedimentalización de la inactividad material ha permitido el acceso a la

---

<sup>567</sup> Como advierten Rolf STÖBER y Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: "Su rasgo distintivo, seguramente principal, es el de su "falta de contenido regulativo y de vinculatoriedad". Si bien tienden a un resultado puramente fáctico, éste es frecuentemente presupuesto o condición de una posterior consecuencia jurídica; en este sentido, muchas veces se presentan como medidas administrativas de carácter preparatorio; también ejecutivo, respecto de actos administrativos. Sin embargo, el carácter fáctico de este tipo de actuaciones no puede llevar a obviar las consecuencias jurídicas que llevan implícitas; este hecho se pone de manifiesto considerando la existencia de específicas pretensiones procesales que pueden ejercitarse frente a tales actuaciones [...]." *Vid.* de estos autores "Las actuaciones materiales o técnicas" en *REALA* 267, julio-septiembre 1995, p. 574.

jurisdicción contencioso-administrativa <sup>568</sup>. Por otra parte y en sentido contrario, también hay que destacar que la inactividad material y la jurídica se superponen, con lo que el problema en vez de poder llegar a resolverse, se agrava aún más. Por este motivo hemos de prescindir de planteamientos que opten por soluciones generalistas, siendo la realidad examinada mucho más compleja.

#### 7.- Recapitulación: El silencio administrativo como una respuesta parcial a las exigencias de la Administración actual

Dentro de todo este contexto que hemos venido examinando el silencio administrativo aparece como una respuesta parcial a una problemática tan amplia y tan compleja que es el tema de la mencionada inactividad de la Administración pública. Decimos que es parcial por cuanto intenta solucionar jurídicamente esta conducta pasiva bien posibilitando el acceso del ciudadano a los tribunales (silencio negativo), bien consolidando ciertas situaciones del particular frente a reacciones tardías de la Administración pública (silencio positivo). Y además por cuanto el ordenamiento jurídico, con mayor o menor éxito, ha ido articulando otros mecanismos paralelos y complementarios en éste y en otros ámbitos donde se produce el fenómeno (responsabilidad patrimonial y disciplinaria, prescripción y caducidad, acción

---

<sup>568</sup> Al respecto el profesor Fernando GARRIDO FALLA ha señalado: "Y en cuanto a la inactividad, he intentado - desde los ejemplos que nos puso el profesor Nieto, el primero que abrió la veda en esta materia, en el número 37 de la Revista de Administración Pública, y el propio profesor Muñoz Machado que tengo al lado, en artículos posteriores -, hacer una especie de lista de todos los ejemplos de inactividad de la Administración, y a la conclusión que llego es que todos ellos - quizás haya alguna excepción -, son reconducibles a un supuesto de silencio administrativo, acto presunto o inactividad formal. Y no solamente es que yo llegue a esa conclusión, sino que también el artículo 28 del anteproyecto me da la razón [...]. Bien, llámesele a esto reclamación previa, o empléese cualquier otra expresión, en todo caso estamos ante la propia reclamación del artículo 38 de la Ley vigente, que es la que introduce el silencio administrativo en nuestro sistema contencioso-administrativo. Entonces, si efectivamente existe la obligación de reclamar, y si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado estamos ante un supuesto de silencio administrativo; el mismo supuesto de silencio administrativo, con denuncia de la mora o sin ella, que está actualmente en el artículo 38 de la Ley vigente. Consiguientemente, se quiera o no se quiera, en definitiva toda inactividad de la Administración es reconducible previo este sistema de reclamación o petición, a una desestimación por silencio administrativo o por acto presunto, y, por lo tanto, la inactividad es un tema que se ha aireado mucho en los últimos tiempos, pero que estaba y que encontraba una solución posible con nuestra actual Ley de lo contencioso-administrativo." *Vid.* PÉREZ MORENO, Alfonso (Ed.): *La reforma del proceso... op. cit.* pp. 110-111.

subrogatoria, desplazamiento de competencias entre Administraciones, intereses de demora, la reversión por no ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación, control presupuestario, etc.). Por otra parte el silencio administrativo es una solución que es tributaria del modelo organizativo que adopta nuestro sistema de justicia administrativa. Sistema que, como es sabido, se articula en torno a la exigencia del denominado acto previo y la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa. Por la cual cosa una nueva articulación del control jurisdiccional de la Administración pública puede dejar sin sentido el actual régimen jurídico del silencio, o al menos replantear radicalmente su sentido y funcionalidad.

Con todo, la necesaria relativización del silencio administrativo no implica minusvalorar su enorme trascendencia y las ventajas prácticas que aún sigue teniendo. Tales ventajas se producen esencialmente en cuanto facilita el acceso a los Tribunales, produciendo en cambio mayores problemas cuando se pretende conceder al particular lo solicitado por el mero transcurso del tiempo. En este último se produce una permanente tensión entre interés público e interés privado que no siempre queda bien resuelto con los efectos estimatorios del silencio. Sobre tal problemática, incidiremos, según se verá en los capítulos siguientes de este trabajo.

